

CAI
RG 141
- 1995
S71



Industry Canada Industrie Canada

Government
Publications



STRATEGIC ALLIANCES UNDER THE COMPETITION ACT

Director of Investigation
and Research

Competition Act



Digitized by the Internet Archive
in 2023 with funding from
University of Toronto

<https://archive.org/details/31761116385006>



Industry Canada Industrie Canada

STRATEGIC ALLIANCES UNDER THE *COMPETITION ACT*

Director of Investigation
and Research

Competition Act

Canada

The *Competition Act* is available in major public libraries or bookstores that carry government publications.

To obtain copies of this document or additional information on the subjects discussed in it, readers may contact:

Complaints and Public Enquiries Centre
Bureau of Competition Policy
Industry Canada
Hull, Quebec
K1A 0C9

Telephone: (819) 997-4282
1-800-348-5358
Fax: (819) 997-0324

Strategic Alliances under the *Competition Act*
Director of Investigation and Research

Competition Act

Information Bulletin



This paper contains a minimum of 50% recycled fibres, including 10% post-consumer fibres.

© Minister of Supply and Services Canada 1995

ISBN 0-662-61944-7
Catalogue No. RG 52-27/1995
Industry Canada IC 50290 B95-10



AWZ 8150

Director's Preface	iv
Highlights to Guide Firms Considering Strategic Alliances.....	vi
Part 1: Introduction.....	1
Part 2: Inter-Firm Cooperative Arrangements	2
Part 3: Application of the <i>Competition Act</i>	4
3.1 General Remarks	4
3.2 Provisions Most Relevant to Strategic Alliances	5
3.2.1 Conspiracy Provisions.....	6
3.2.1.1 Defences and Exceptions	7
3.2.1.2 Information Sharing.....	8
3.2.2 Export Consortia Provisions.....	10
3.2.3 Specialization Agreement Provisions.....	10
3.2.4 Merger Provisions	11
3.2.5 Joint Venture Provisions.....	12
3.2.6 Abuse of Dominant Position Provisions	12
Part 4: Public Education Program/Compliance.....	14
4.1 The Communications and Education Program.....	14
4.2 Advisory Opinions.....	14
Part 5: Conclusions.....	15
Appendix 1: Illustrative Scenarios	16
Appendix 2: How to Contact the Bureau of Competition Policy.....	24

Director's Preface

A growing number of firms have turned to strategic alliances as a means of improving their competitiveness in an age of increasing international competitive pressures, the globalization of markets, and generally decreasing trade barriers. Indeed, several have taken advantage of our compliance program to obtain advisory opinions from my office on proposed alliances. Nonetheless, uncertainty on the part of some business people regarding the legality of strategic alliances may increase the risk that opportunities to create alliances which are beneficial for the economy may not be pursued. To reduce this risk, I am issuing this policy statement which provides general guidance and clarifies my enforcement approach to strategic alliances under the *Competition Act* (the *Act*).

There are no specific provisions within the *Act* dealing exclusively with strategic alliances, which is not surprising when one considers the myriad of corporate forms which these arrangements have taken in the past and may take in the future. At their broadest, strategic alliances may encompass any form of inter-firm cooperative arrangement beyond contracts completed in the ordinary course of business. A far narrower interpretation might include only those alliances which are joint ventures or entail an equity investment and endorsement of a longer-term strategic plan. Various definitions have been used by others in an attempt to distinguish strategic alliances from alternative forms of inter-firm cooperation. While these definitions may be helpful for particular studies, they do little to assist in determining how the *Act* will apply to strategic alliances. Therefore, I have not adopted a set definition of a strategic alliance. My ultimate responsibility is the enforcement and administration of the *Act*, which is why this Bulletin is focused on the competitive effects of strategic alliances and not the form they may take.

The use by Canadian firms of strategic alliances to improve their competitiveness should generally lead to positive innovation and efficiency gains without accompanying negative effects on competition. As a result, these alliances are unlikely to raise competition issues. Indeed, it is the Bureau of Competition Policy's experience that most strategic alliances do not raise issues under the *Act*. However, alliances can take a variety of forms with varying impact in the marketplace and where they are likely to lead to anticompetitive effects, intended or otherwise, parties must be able to determine whether the *Act* is contravened. This Bulletin provides guidance on how the Director will review, and if necessary, seek to apply the *Act* to the few alliances which potentially lead to anticompetitive effects.

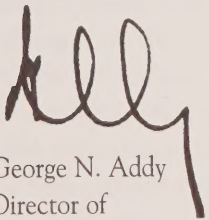
The Bulletin begins by briefly describing some of the types of inter-firm cooperative arrangements which have been characterized as strategic alliances. The remaining sections focus on the application of the *Act* and key elements of our compliance program. The *Act* contains certain provisions which do not involve any test of market power, and it is the Bureau's experience that most strategic alliances are less likely to raise any issues under these sections. As a result, the bulletin focuses on those provisions of the *Act* which involve a test of market power.

In conducting our analysis of a strategic alliance under the *Act*, we will examine whether an alliance is likely to maintain, create or enhance market power. Market power has been legally interpreted to be the ability of the parties to behave relatively independently of the market. Consistent with this legal interpretation, economists refer to market power of a seller as the ability to increase price above competitive levels (or reduce output, quality, choice, service, promotional activity, innovation or other significant dimensions of rivalry,

below competitive levels) for a sustained period of time. Thus, the reason that few strategic alliances raise issues under the Act is because the majority of them do not result in market power.

In the few situations where market power is maintained, created or enhanced by a strategic alliance, the examination involves an in-depth analysis of the nature of the alliance. An alliance may be reviewable under a number of the provisions of the Act, given the wide range of corporate activity which alliances may encompass. It has been our general experience that horizontal alliances involving competitors more often raise issues of market power than either vertical or conglomerate alliances, and consequently the focus of this Bulletin is on the provisions of the Act most applicable to horizontal alliances. Therefore, details on the legal tests which must be met under the provisions of the Act related to conspiracy, export consortia, specialization agreements, mergers, joint ventures and abuse of dominant position are given. Nine illustrative examples are also provided in Appendix 1.

While this information should assist business people in determining the application of the Act to a particular alliance, it is not possible for this document to answer all possible questions which might arise in an individual case. As a result, parties contemplating entering into a strategic alliance, particularly one which is likely to maintain, create or enhance market power, may wish to seek the Bureau of Competition Policy's advice through the Program of Advisory Opinions.



George N. Addy
Director of
Investigation and Research
Competition Act

Highlights to Guide Firms Considering Strategic Alliances

- Most strategic alliances do not raise issues under the Act.
- Vertical and conglomerate alliances are less likely than horizontal alliances to raise issues under the Act.
- The few strategic alliances which may raise competition issues are more likely to involve those sections of the Act which involve a test of market power.
- Firms acting as sellers will hold market power when they have the ability to increase price above competitive levels (or reduce output, quality, choice, service, promotional activity, innovation or other significant dimensions of rivalry, below competitive levels) for a sustained period of time.
- In the few cases where an alliance may result in market power, caution should be exercised by the parties to ensure that their behaviour does not involve or give rise to either an undue lessening or prevention of competition under the criminal conspiracy provisions of the Act, or a substantial lessening or prevention of competition under the civil reviewable provisions.
- The greater the market power collectively held by the parties to an alliance, the more likely is behaviour which is potentially injurious to competition and the greater the likelihood of an inquiry under the conspiracy provisions of the Act.
- Where strategic alliances involve behaviour which would be particularly injurious to competition, such as agreements in respect of prices, output, marketing strategies or other areas important to rivalry, an inquiry under the conspiracy provisions of the Act may be initiated even if the market power held by the parties to the alliance is not so considerable.
- Alliances that involve the future acquisition of control will be reviewed under the civil merger provisions rather than the criminal conspiracy provisions of the Act unless there is a basis for believing that the acquisition of control is a sham.

Part 1

Introduction

In an age of increasing international competitive pressures, globalization of markets, and generally decreasing trade barriers, some companies may find it difficult to match the product and service offerings of their rivals. Certain firms have turned to cooperative arrangements, more generally referred to as strategic alliances, as a means to improve their competitiveness in these circumstances.

Canadian firms' use of strategic alliances to improve their competitiveness will often lead to positive innovation and efficiency gains without accompanying negative effects on competition. As a result, these alliances are unlikely to raise concerns among competition authorities. Indeed, it is the experience of the Bureau of Competition Policy (the Bureau) that most strategic alliances do not raise issues under the *Competition Act* (the Act)¹. However, in circumstances where alliances are likely to lead to anticompetitive effects, intended or otherwise, the Bureau needs to be in a position to respond.

Uncertainty on the part of some business people regarding the position of the Director of Investigation and Research (the Director) on strategic alliances may increase the risk that alliances which are beneficial to the economy may be abandoned. In order to provide greater certainty and avoid a chilling effect on these transactions, the Director believes that, as part of the Bureau's Program of Compliance, it would be helpful to publish a policy statement to clarify the enforcement approach taken to inter-firm cooperative arrangements, be they called strategic alliances, joint ventures, or any other name.

Strategic alliances and other forms of inter-firm cooperation may take numerous forms and have varying impacts in markets. It is the Bureau's experience that the majority of strategic alliances are either neutral or procompetitive, often designed to take advantage of particular firms' competencies or to effect efficiencies which may lead to enhanced competitiveness in international markets. However, there may be instances where serious competition issues are raised in respect of strategic alliances.

This document provides general guidance on the status of strategic alliances under the Act. While this statement will address a number of key issues raised under the various sections of the Act which may potentially apply to such arrangements, particularly horizontal alliances, it cannot anticipate all questions that may arise in the marketplace. It is not a binding statement of how discretion will be exercised in a particular situation. Guidance regarding a specific situation may be requested from the Bureau through its Program of Advisory Opinions. This Bulletin is also not intended to bind or affect in any way the discretion of the Attorney General of Canada in the prosecution of matters under the Act. Nor is it intended to be a substitute for the advice of legal counsel. The approach outlined does not represent a substantive change in enforcement policy or a restatement of the law. Final interpretation of the law is the responsibility of the courts and the Competition Tribunal.

¹ "The Act" refers to the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34, as am. R.S.C. 1985, c. 27 (1st Supp.), ss. 187, 198; R.S.C. 1985, c. 19 (2nd Supp.), Part II; R.S.C. 1985, c.34 (3rd Supp.), s. 8; R.S.C. 1985, c. 1 (4th Supp.), s. 11; R.S.C. 1985, c. 10 (4th Supp.), s. 18; S.C. 1990, c. 37 ss. 27-32, S.C. 1992, c.14, s.1.

Part 2

Inter-Firm Cooperative Arrangements

Many firms are facing external pressures to become more innovative and efficient in order to remain competitive in domestic and foreign markets. These pressures include falling trade barriers; innovations which affect the types of products and services produced, the production process, or the organization of firms and institutions; and, consumer demands for better product and service quality, highly customized products and services, and greater product and service variety. These external pressures make up the forces of economic globalization and trade liberalization which are the dominant trends in commerce in the 1990s, especially in the North American, South-East Asian and European markets. The response of some firms to these pressures is to form strategic alliances.

The arrangements in which firms may become involved, in response to these pressures, may take numerous forms and have varying impacts in the market. In this section, there are descriptions of the more common forms of alliances and explanations of how their structure and behaviour may give rise to inquiry under the Act. This Bulletin does not offer a definition of strategic alliances, but instead relies upon several of the more common features of alliances. The lack of a definition does not affect the approach the Bureau will take in examining the competitive effects of a particular alliance.

Many strategic alliances are characterized by the continuing independence of the partners and, while generally established to jointly pursue medium to longer-term goals, they often have a set time frame and termination date. A common feature of some alliances is the acquisition of a minority, non-controlling investment by one of the parties in their alliance partner, together with some sort of undertaking to work on a cooperative basis in a particular area. In addition, these

arrangements may provide for the exchange of property rights or technical assistance, but allow for the parties' independent pursuit of interests outside of the alliance. Typically, strategic alliances cover only a portion of the partners' total operations (e.g., research and development, promotional activity, or foreign sales). On the other hand, even the most informal strategic alliances differ from "one-shot" contracts because the partners make some attempt to align their longer-term interests. Hence, information sharing on technologies, products, processes, and/or customer needs is generally greater compared to more traditional contractual arrangements.

Alliances may also act as a mechanism for transferring the skills and relationships of employees within participating firms. These resources may be hard to acquire through normal market transactions. Many alliances involve something new, innovative and forward-looking: a new research and development program, new products, technologies and processes, or a new marketing strategy to be conducted jointly by the parties. The adjective "strategic" has a definite meaning here. It implies a concern with the longer-term, with investment rather than day-to-day operations, and with developing new markets rather than servicing existing ones.

Another distinguishing feature of strategic alliances is that they generally involve swaps, trades, or the barter of goods or services, rather than the exchange of goods and/or services for money. As is generally the case with barter, there must be a close alignment of interests for this to be beneficial, illustrating the complementary and reciprocal nature of the alliance partners' goals. Each party has something the other wants, involving either tangible or intangible assets (e.g., skills, knowledge, reputation or contacts). Strategic alliances, particularly those involving international partners, can also be designed to facilitate transfers of technology,

surmount non-tariff barriers to trade, and/or reduce the time needed to gain access to new markets where expertise on local market conditions is required.

In short, the major features of strategic alliances appear to be: the relative continuing independence of the parties in respect of those matters not covered by the alliance; a set (albeit longer-term) time frame; limited scope of the arrangement and greater flexibility of the parties compared to takeovers or acquisitions; and, reciprocity between the parties, as seen in the sharing of objectives, information and key assets. Whatever the form taken, the competition analysis of a particular strategic alliance will focus on its effects and likely effects, as well as the purpose for which the alliance is formed.

The Bureau will be particularly concerned with strategic alliances in cases where there is either a substantial or undue lessening or prevention of competition. In determining whether either of these thresholds is met, the Director seeks to determine whether the strategic alliance is likely to maintain, create or enhance market power. Market power may exist at either a selling or buying level. Market power of a seller is the ability to increase price above competitive levels (or reduce output, quality, choice, service, promotional activity, innovation or other significant dimensions of rivalry, below competitive levels) for a sustained period of time. The Director will also examine the nature of the strategic alliance to determine if competition is diminished and, if so, whether the Act applies and which of its provisions are the most relevant.

Part 3

Application of the *Competition Act*

3.1 General Remarks

A fundamental objective of the *Act*, as highlighted by its purpose clause, is to foster competition so that Canadian businesses become more efficient and are better able to adapt to changing markets both at home and abroad. In Canada, our small and geographically sparse markets have often resulted in firms that, though large relative to the domestic market, are small by world standards. In an age of increasing international competitive pressures, globalization of markets, and generally decreasing trade barriers, there is a continuing requirement for Canadian business to become more efficient. This is recognized both in Canada's competition legislation and in the Bureau's enforcement approach.

At the same time, a fundamental premise of the law is that firms independently operating in an unrestrained market system are best able to meet the constant pressure to innovate, improve and adjust to changing consumer demands and market conditions. This is the best means of allocating our economic resources. In an effort to balance these two principles, the *Act* principally seeks to prevent those business practices which unduly or substantially lessen or prevent competition and so diminish the efficiency and competitiveness of the Canadian economy. The *Act* also contains certain provisions which do not involve any test of market power. These include bid-rigging, certain types of agreements among federal financial institutions, price maintenance and consignment selling.

Strategic alliances may come to the Director's attention either through the parties to the alliance, a complaint, media reports or staff research. In each of these instances, Bureau staff carry out a preliminary examination and

determine whether further action is warranted.² If, upon further examination, the Director believes on reasonable grounds that there has been a contravention of the criminal or civil reviewable provisions of the *Act* or of an outstanding order made under the *Act*, the Director is required to commence an inquiry.³ All inquiries are conducted in private. Once an inquiry has begun, the Director has access to a number of investigative tools.

At any stage of an inquiry relating to the criminal provisions of the *Act*, the Director may refer a matter to the Attorney General. The Attorney General determines whether charges should be laid and conducts prosecutions or such action as the Attorney General may wish to take. In the case of an inquiry into a civil reviewable matter, the Director may apply to the Competition Tribunal for a remedial order.⁴ The Tribunal may issue orders designed to remedy the effects of the conduct in question, but it cannot fine firms or take other punitive action. Private rights of civil action are also available to anyone who has suffered losses or damages as a result of a violation of the criminal provisions of the *Act* or contravention of an order issued under the *Act*.

² For a complete description of the approach taken by the Director to promote and to ensure compliance with the provisions of the *Competition Act*, see the Director of Investigation and Research's *Program of Compliance*, Information Bulletin No. 3, (revised) March 1993.

³ The Director is also obliged to commence an inquiry when the Minister of Industry so directs, or when six Canadian residents make an application in accordance with the *Act*. An inquiry may be discontinued at any stage if, in the Director's opinion, further inquiry is not justified. The Director is required to report in writing to the Minister when an inquiry is discontinued. If the inquiry was commenced as a result of a six-resident application, the Director must inform the applicants of the decision and the grounds for discontinuance. The Minister may, on the written request of the applicants or on his own motion, review the Director's decision and, if in his opinion the circumstances warrant, instruct the Director to make further inquiry.

⁴ Note that the burden of proof required to obtain a conviction under the criminal provisions (proof beyond a reasonable doubt) is higher than that required for the Tribunal to conclude that grounds exist to make an order under the civil provisions (proof on a balance of probabilities).

3.2 Provisions Most Relevant to Strategic Alliances

There are no specific provisions within the Act dealing exclusively with strategic alliances. This is not surprising when one considers the myriad of forms which these arrangements may take. Many strategic alliances involve types of cooperation among firms which do not differ significantly from those effected in the past. Hence, the Bureau's analysis of these alliances will follow the analytical framework dictated by the applicable section of the Act. The fact that a relationship between two or more firms is called a strategic alliance does not in any material manner affect its legal status under the Act.

Most strategic alliances will pose no competition issues, because they do not maintain, create or enhance market power. Those which do, however, may be reviewable under a number of provisions of the Act, given the wide range of corporate activity which strategic alliances may include. It is possible a particular alliance may be reviewed under the criminal conspiracy provisions of the Act or any of the civil provisions related to specialization agreements, joint ventures, abuse of dominant position or mergers. In addition, an alliance between vertically related firms may also be reviewed under the vertical restraint provisions of the Act, including tied selling, exclusive dealing, market restriction, or price maintenance,⁵ depending upon the nature of the arrangement. It has been the Bureau's experience that horizontal arrangements involving competitors are more likely to raise competition issues than either vertical or conglomerate alliances. It is only in very limited circumstances that arrangements between firms which are either vertically related or are in different lines of operation (i.e., conglomerate alliances) are likely to be found to maintain, create or enhance market power.⁶ In light of this, the focus of this document will be the provisions of the Act most applicable to horizontal alliances.

In most of the cases where an alliance results in market power and is subject to examination, it is the Bureau's expectation that following an examination of the nature of the alliance, the alliance usually will fall squarely within a single section of the Act and the Director will adhere to the analytical approach dictated by the relevant provision. However, given the broad range of activities which strategic alliances may encompass, it is possible that several sections of the Act may apply. Parliament has clearly contemplated that there can be an overlap between various provisions within the Act. While the possibility of review under several sections of the Act exists, since 1986 there have only been a handful of cases where the Director has initiated an inquiry under both the civil and criminal provisions of the Act for a particular fact situation. While an inquiry pursuant to either the abuse, conspiracy or merger provisions may be commenced concurrently, the Act limits prosecutions or applications to the Competition Tribunal for remedies to a single section on the basis of the same or substantially the same facts. In determining which provision is the most appropriate, an analytical framework is also implicitly determined — for example, either an undue lessening or prevention of competition test with no efficiency considerations in the case of a criminal conspiracy investigation, or a substantial lessening or prevention of competition test with an efficiency trade-off as would be the case in a reviewable merger investigation.

Generally, the Bureau will examine alliances that involve the future acquisition of control⁷ as mergers, unless there is a basis for believing that the acquisition of control is a sham.⁸ Where there is evidence of an agreement in violation of the conspiracy provisions arising from an alliance or discussions related to a prospective strategic alliance, the Director will launch

⁵ The price maintenance provisions do not involve any test of market power.

⁶ For a discussion of the circumstances when a vertical or conglomerate merger may raise competition concerns, see the Director of Investigation and Research's *Merger Enforcement Guidelines*, Information Bulletin No. 5, April 1991, at 41-43.

⁷ See the discussion below at 18-19 which describes the approach taken to "control" in the Director of Investigation and Research's *Merger Enforcement Guidelines*, *Ibid.*

⁸ Competitively sensitive information exchanged by competitors during merger negotiations which do not ultimately lead to a merger could provide grounds for an examination under the conspiracy provisions. See the *Merger Enforcement Guidelines*, *Ibid.*, at 59 for a discussion of how to minimize this risk.

a criminal investigation. Factors which bear on this decision include evidence of an anticompetitive objective, intent or effect, covert or fraudulent behaviour, the nature of the evidence and whether there is a need for deterrence through criminal remedies. Finally, any acquisition of control through a strategic alliance, public or otherwise, cannot insulate the parties from initiation of an inquiry under the conspiracy provisions into past criminal conduct which occurred prior to the acquisition of control.

A fuller description of the relevant provisions of the Act is provided below to assist business people in determining a particular section's applicability. Although this document provides a summary of the major considerations, more detailed information is available from the Bureau on its enforcement approach to particular provisions.

3.2.1 Conspiracy Provisions

Strategic alliances between competitors involve agreements which may be reviewed by the Director under the criminal conspiracy provisions of the Act in certain circumstances. The Crown's burden of proof is the criminal standard of "beyond a reasonable doubt". Sanctions are severe in cases of conviction, with fines up to \$10 million and imprisonment terms up to five years for individuals, reflecting the serious nature of the offence.

Substantively, section 45 of the Act prohibits parties from entering into an agreement which, *inter alia*, prevents or lessens competition unduly or is likely to do so. Several elements must be established in order for an offence to be found. First, the Crown must prove the existence of an agreement, with or without direct evidence. The Act provides for the finding of an agreement from circumstantial evidence, and in past judicial decisions exchanges of information have been used to infer the existence of an agreement in certain circumstances.⁹ Second, the agreement is one whose likely effect is to

prevent or lessen competition unduly.¹⁰ Finally, the Crown must show *mens rea* or a "guilty mind". This involves establishing that the parties intended to enter into the agreement in question, were aware of its terms and intended to carry it out. It is also necessary to show that the parties intended to lessen competition unduly which can be satisfied by establishing that a reasonable business person, who can be presumed to be familiar with the business in which he or she engages, would or should have known that the likely effect of the agreement would be to unduly prevent or lessen competition.¹¹ The Supreme Court of Canada has noted that in most situations where it is shown that the agreement is likely to have an undue effect, the Crown could establish that this was the case.¹²

The Supreme Court has provided considerable guidance on the meaning of the element of undue effect.¹³ In addition to stating that an undue effect is one which is serious or of significance, the Court outlined a two-step approach which may be used to determine undue effect. After determining the relevant product and geographic markets in which the parties operate, the first step is to determine whether the parties to the agreement have market power or will be likely to obtain it pursuant to the agreement. Consistent with other provisions of the Act, the Supreme Court has made it clear that market share, alone, is not sufficient to demonstrate market power. Other factors are also of importance, particularly the ease of entry.¹⁴ The Supreme Court has noted that possessing only a moderate amount of market power may be sufficient to support a finding of undue effect.¹⁵

In the second step the Court will evaluate the parties' behaviour to determine whether some behaviour likely

⁹ See *R. v. Armco Canada Ltd.* (1974), 6 O.R. (2d) 521; 21 C.C.C. (2d) 129; 17 C.P.R. (2d) 211, and *R. v. Canadian General Electric Company Ltd.* (1976), 29 C.P.R. (2d) 1; 34 C.C.C. (2d) 489.

¹⁰ It is possible that an offense may be established solely on the basis of evidence that the specific purpose or object of the agreement was to prevent or lessen competition unduly. However, the Bureau's enforcement approach has been to inquire into those agreements which are likely to have an anti-competitive impact in the market.

¹¹ *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society* (1992), S.C.R. 606, 139 N.R., 43 C.P.R. (3d) 1, 10 C.R.R. 34 [hereinafter cited as SCR], at 611.

¹² *Ibid.*, at 660.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*, at 653.

¹⁵ *Ibid.*, at 654.

to injure competition has occurred, or is likely to occur. Price fixing, restrictions on output or market sharing are almost always of competitive significance, and hence the Director will view such agreements as constituting injurious behaviour. Likewise, in cases where product quality, service, promotional activity or innovation are an important determinant of competitive rivalry such that an agreement in respect of one of these is likely to have a significant adverse effect on competition between the parties, the Director may view such agreements as providing grounds for inquiry where the parties possess market power.

The Supreme Court has stated that it is the combination of market power and injurious behaviour that makes a lessening of competition undue. In noting that many combinations are possible, the Court suggested that “a particularly injurious behaviour may . . . trigger liability even if market power is not so considerable”.¹⁶ It is the Director’s position that the converse is also true, in that with a considerable amount of market power, a less injurious behaviour may trigger initiation of an inquiry under the Act.

Applying the above test to strategic alliances would involve the following determinations. First, have the parties to the alliance entered into an agreement? Second, does the alliance, or is it likely to, unduly lessen or prevent competition? Third, do the requisite elements of intent exist? In order to address the issue of undue within the framework discussed by the Supreme Court, the Bureau will: (i) define the relevant product and geographic markets affected by the strategic alliance; (ii) determine whether the parties to the alliance possess market power in the defined relevant markets, or whether they are likely to obtain market power in these markets as a result of the alliance; (iii) assess what behaviour is specifically restricted or prescribed by the strategic alliance; and, (iv) determine if the alliance results in a combination of market power and behaviour injurious to competition which is serious or significant.

As the above discussion indicates, only those elements of a strategic alliance which represent a serious restraint of competition would be targeted by the conspiracy law. This means that many of the beneficial aspects of a strategic alliance may not be challenged. For example, where competitors develop technology sharing agreements and reciprocal patent licensing there may not be a serious adverse effect on competition, but where ancillary to these arrangements the parties begin to allocate markets between themselves or agree on prices, then this may run afoul of the conspiracy provisions. Unless the beneficial elements of the cooperative arrangement are tied to a broader conspiracy they will not be challenged by the Bureau.

In setting out the test of undue the Supreme Court made it clear that the test focuses solely on the competitive effects, and not the efficiencies which may result from the agreement: “Considerations such as private gains by the parties to the agreement or counterbalancing efficiency gains to the public lie . . . outside of the inquiry under paragraph 32(1)(c) [now paragraph 45(1)(c)]. Competition is presumed by the Act to be in the public benefit.”¹⁷ Thus, parties, in considering whether to enter into strategic alliances, should realize that if an agreement unduly lessens or prevents competition, efficiencies provide no defence under section 45.

3.2.1.1 Defences and Exceptions

Not all agreements between competitors violate the conspiracy provisions, as the Act contains twelve specific defences. Among these, the following may be more likely to have application to strategic alliances — an agreement in respect of: the exchange of statistics; the definition of product standards; the size and shapes of product packaging; cooperation in research and development; restrictions on advertising or promotion; or, measures to protect the environment. There are also specific defences dealing with export consortia and specialization agreements, which are described in separate sections below.

¹⁶ *Ibid.*, at 657.

¹⁷ *Ibid.*, at 649-650.

It is important to note that these defences are not without limits. The Act makes it clear that what would not be acceptable under the basic conspiracy provisions will not be permitted to occur through activities related to these defences. As a result, if the strategic alliance is likely to lead to an undue lessening or prevention of competition in respect of prices, quantity or quality of production, markets or customers, or channels or methods of distribution, or if the alliance restricts anyone from entering into or expanding a business, the defence does not apply.

It is the Director's position that for a defence to be lost, it is not necessary that the agreement be directed explicitly at any of these fields, only that one of these dimensions of competition is likely to be lessened or prevented unduly as a result of the alliance. Consequently, a strategic alliance which may be directed primarily at research and development, but which is likely to have an undue effect on prices, for example, owing to an ancillary arrangement to jointly market and distribute the newly produced goods or services, may cause the Director to initiate an inquiry under the conspiracy provisions. At the same time, the beneficial features of the strategic alliance will not be subject to challenge by the Director unless they are seen as part of a broader conspiracy.

To date the courts have not considered a conspiracy case in which the defences and exceptions, under subsections 45(3) and 45(4) respectively, have been argued. Historically, the kind of cases brought before the courts under section 45 have generally been price-fixing or market sharing agreements. Furthermore, the Bureau has dealt with very few requests for advisory opinions in areas related to the defences. Nevertheless, the scope of the exceptions is relatively wide. This suggests that where the parties wish to avail themselves of a defence under subsection 45(3) for a strategic alliance that results in market power, caution would indicate that they may wish to strictly confine the agreement to the elements of the specific defence under subsection 45(3) in order to avoid straying into the fields listed in the exceptions in subsection 45(4). For

example, firms possessing market power who enter into an agreement in respect of product packaging are advised not to extend the agreement to the marketing or promotion terms, particularly price, of the product. It should be emphasized however, that even if a party has lost the defence it had available under subsection 45(3), it would still be necessary to demonstrate in any prosecution under subsection 45(1) that the agreement unduly prevents or lessens competition.

3.2.1.2 Information Sharing

Strategic alliances often involve a considerable exchange of information between the parties. Such exchanges are generally constrained by the terms of the alliance and may not extend beyond the confines of the alliance agreement. The reasoning behind this is that it is not normally in the interest of any one alliance partner to risk losing a competitive advantage it may hold relative to its partners when these firms are its competitors. However, information sharing may also extend beyond the terms of the alliance agreement either between the alliance partners or to outside firms.

The exchange of information will not necessarily give rise to competition issues under the conspiracy provisions. Indeed, competitive markets function more efficiently when information is relatively free and openly available to market participants. At the same time, it is recognized that information exchanged among competitors who collectively possess market power may have serious adverse effects on competition, depending upon the nature and timing of the information exchange. Where markets are characterized by high levels of concentration, barriers to entry and relative stability, information exchanges in respect of sensitive commercial information may reduce uncertainty about rivals' competitive responses and so act to further temper rivalry. When the products involved are relatively homogeneous and firms compete across a limited number of competitive variables, the risk that such exchanges will have significant adverse effects on competition is further heightened. In light of this and the possible application of section 45, the parties to

a strategic alliance which results in market power must remain cognizant of the risks involved when information is exchanged either directly via the alliance, or indirectly via an industry or trade association, or other third party.

In order for information sharing among competitors to cause the Director to initiate an inquiry under section 45, the information exchange would have to satisfy all of the elements of the conspiracy provisions discussed above. Hence, it would be necessary to establish that either the information exchange itself constitutes an “agreement” between the parties, or that the information exchange is part of a broader agreement in violation of section 45. Second, the information exchange must be one which gives rise, or is likely to give rise, to an undue lessening or prevention of competition. Finally, the requisite elements of intent must be demonstrated. Depending upon the type of information to be shared, the exchange may qualify for one of the defences to section 45 provided none of the exceptions apply.

The Supreme Court’s discussion of undue effect makes it clear that without market power, an information exchange among strategic alliance partners will not be subject to section 45. Furthermore, where the information being exchanged among alliance partners is not likely to have a significant adverse effect on competitive rivalry or relates to matters that lack competitive significance, it is unlikely to constitute behaviour injurious to competition. As a result, it is only in circumstances where the parties to the information exchange collectively possess market power and are engaged in the type of information sharing which may adversely impact competitive rivalry in a serious or significant way that section 45 applies.

The risk of initiation of a formal inquiry under section 45 is also reduced when the alliance partners design the sharing of information between themselves in a manner which preserves the ability of the individual parties to determine “independently” what strategy, outside of the alliance, they will follow in the market. It is also

advisable not to use the alliance as a means of “signaling” to competitors in the market what action the alliance partners wish their outside rivals to take or what action an individual member of the alliance wishes its partners to take in an area outside the scope of the alliance agreement.

The risk that an inquiry may be initiated in respect of information sharing increases with several factors. First, the greater the market power collectively held by the parties to the information exchange, the more likely it is that an information exchange in respect of any significant aspect of rivalry may adversely impact on competition. Second, when particularly sensitive information important to rivalry is shared, this may be more likely to be viewed as behaviour injurious to competition. In this regard, exchanging information in respect of current or future pricing, costs, trading terms, or marketing strategies significantly heightens the risk of inquiry by the Director.¹⁸ Direct exchanges of sensitive commercial information between competitors are riskier than those made through an independent third party which holds the information in confidence, although care needs to also be taken when involving these or other third parties, particularly trade associations.¹⁹ Firms should also be cautious in sharing the analyses or conclusions developed from the information exchange, in order to preserve their ability to act independently beyond the alliance. Similarly, the exchange of disaggregated data which allows for identification of an individual firm’s plans is riskier than exchanges involving aggregated data. Third, any evidence of anticompetitive intent increases the likelihood that an inquiry may be initiated. Evidence of coercion on the part of one or more of the alliance partners to have another party act in a prescribed anticompetitive manner may lead to an inference of anticompetitive intent.

¹⁸ The exchange of such information, particularly current or future pricing, may also raise issues under other provisions of the Act, including bid-rigging and price maintenance which do not involve any test of market power.

¹⁹ Several prosecutions under the conspiracy provisions have involved trade associations. In *R. v. Armco* (1974), *supra* note 9, for example, a conspiracy conviction was obtained in a matter involving information exchanges and other activities made through an industry association.

3.2.2 Export Consortia Provisions

The importance of exports to the Canadian economy is recognized both in the purpose clause of the Act and in the export defence to the general conspiracy provisions. Subsection 45(5) of the Act provides a defence to an alleged conspiracy where the agreement relates only to the export of products from Canada.

However, like the earlier discussed defences, this is not absolute and hence the defence can be lost under certain circumstances. First, the defence applies to agreements that relate only to the export of products from Canada. Those agreements which may impact negatively on the Canadian market would therefore be subject to review by the Director under the general conspiracy provisions to determine, in particular, whether the parties to the agreement intended to lessen or prevent competition unduly in Canada.²⁰ Second, if the alliance in respect of exports is likely to reduce or limit the real value of the exported product, the defence is lost. Third, in cases where the export alliance restricts other firms from entering or expanding their business of exporting products from Canada, the defence is negated. Finally, the defence will be lost in the event that the alliance unduly prevents or lessens competition in the supply of services facilitating the export of the product from Canada.

A final consideration, which generally applies, but is particularly important in the case of export consortia, is the application of foreign competition laws. Canadian businesses need to recognize that the export defence under section 45 applies only to Canadian competition law, and provides no defence or exemption under the competition laws of foreign countries where the consortia hope to sell their products, to the extent that such laws apply.

3.2.3 Specialization Agreement Provisions

As noted above, the Act also allows an exemption from the conspiracy provisions for the use of specialization agreements among competing firms.²¹ The provisions allow for a civil review of specialization agreements before the Competition Tribunal. In order for a strategic alliance to be reviewed under the specialization agreement provisions, it must meet certain conditions. Section 85 of the Act defines a specialization agreement as:

“an agreement under which each party thereto agrees to discontinue producing an article or service that he is engaged in producing at the time the agreement is entered into on the condition that each other party to the agreement agrees to discontinue producing an article or service that he is engaged in producing at the time the agreement is entered into, and includes any such agreement under which the parties also agree to buy exclusively from each other the articles or services that are the subject of the agreement”.²²

Specialization agreements are meant to provide a means by which firms may benefit from efficiencies not available except through forms of inter-firm cooperation which adversely affect competition to some degree. The wording of the section indicates that it applies only to production which is in existence at the time that the agreement is entered into, and hence it does not apply to anticipated or future products.

To be exempt from the conspiracy provisions of the Act, the specialization agreement must be registered with the Competition Tribunal. In considering whether to register such an agreement, the Tribunal will examine the alliance to determine whether it is likely to bring

²⁰ In conducting such an analysis, the Bureau would consider the extent of foreign competition in defining the scope of the relevant geographic market which could extend well beyond Canada.

²¹ The Act also provides an exemption from the exclusive dealing provisions for specialization agreements.

²² *Competition Act*, *supra* note 1.

about gains in efficiency that will be greater than, and will offset, the effects of any prevention or lessening of competition that are likely to result. Further, it must be established that these efficiency gains would not be attainable if the specialization agreement was not implemented.

Thus, it is only where firms decide to discontinue existing production of a particular article or service in exchange for the same with a second firm that the specialization agreement provisions will apply. Many strategic alliances contemplate more than a simple exchange of existing production, requiring cooperation across a broader range of either existing or future activities. Where this is the case or where the parties do not wish to subject their alliance to a Tribunal review process, the exemption from the conspiracy provisions afforded through specialization agreements will not apply.

3.2.4 Merger Provisions²³

It is also possible that a strategic alliance may be reviewable under the civil merger provisions given the frequency of equity investments in these arrangements and the broad definition given to mergers under the Act. Under section 91, a merger is defined to be the acquisition of control over, or significant interest in, a business or part thereof. With respect to corporations, control is defined to mean *de jure* control, and so requires a direct or indirect holding of more than 50% of the corporation's voting rights. In the case of "significant interest", it is the Director's position that this arises when one or more persons directly or indirectly

acquire or establish the ability to materially influence the economic behaviour of the business, or part thereof. Hence, where it is found that one firm's decisions in respect of pricing, purchasing, distribution, marketing or investment are materially influenced by another firm, a significant interest may be deemed to have been acquired or established.

Given the wide range of ownership structures and various arrangements that can be implemented pre- and post-closing, the determination of whether a "significant interest" exists can only be made by considering the particular facts surrounding each alliance on a case by case basis. In advisory opinions in this area, consideration has been given to the collective influence of a number of factors including: equity ownership; board participation; shareholder agreements, management contracts and other contractual arrangements; roles of the parties, be they financier, supplier or competitor; access to commercially sensitive information; extent of collaboration; advisory role to be taken or other participation in day-to-day operations; long-term supply agreements; asset acquisition; or leases, subleases and rights to purchase assets. Ultimately, where the effect of the strategic alliance is to give one party the ability to materially influence the economic decisions of another, then the definition of a merger is likely satisfied.

When strategic alliances are examined as mergers, they will be reviewed following the analytical framework set out in the *Merger Enforcement Guidelines*. The applicable legal test is whether the merger prevents or lessens competition substantially or is likely to do so. The provisions of the Act are expressly formulated to reflect that mergers are recognized as a legitimate way for companies to grow and consolidate. Hence in analyzing any merger, markets are defined on an economic basis, with a focus on demand and supply responses. Market share or concentration, alone, cannot be used to challenge a merger. The Act also requires an assessment

²³ Where an alliance falls within the merger provisions, it may be subject to the notification provisions in Part IX of the Act. These provisions require persons who are proposing certain large acquisitions, amalgamations or combinations to notify the Director before completing the transaction and to supply certain information. In addition, persons who are planning a merger who wish to seek some assurance that the transaction they are proposing will not be challenged by the Director may apply for an Advance Ruling Certificate under section 102 of the Act. Issuance of an Advance Ruling Certificate also exempts parties from the requirement to comply with the prenotification provisions of the Act. For further information, see the Director of Investigation and Research's *Merger Enforcement Guidelines*, *supra* note 6.

of foreign competition, the availability of substitutes, whether one of the parties is failing, barriers to entry, the effectiveness of remaining competition, whether the merger removes a vigorous and effective competitor, change and innovation, and any other relevant factor. Finally, even if a merger is challenged by the Director and it is found to (likely) prevent or lessen competition substantially, the Competition Tribunal may allow the merger to proceed if it finds that it is also likely to result in gains in efficiency that are greater than, and will offset, the reduction in competition, and that these efficiency gains would not be attained if an order of the Tribunal were made.

3.2.5 Joint Venture Provisions

An exemption from the merger provisions may be made for strategic alliances which fall within the joint venture provisions. To be exempt from a Competition Tribunal order under the merger provisions, section 95 requires the joint venture to meet the following criteria:

- the joint venture cannot be structured as a corporation;
- the joint venture must be formed to undertake a specific project or a program of research and development, where it can be demonstrated that the project or program would not reasonably have taken place in the absence of the joint venture;
- no change of control over any party to the combination resulted or would result from the joint venture;
- the agreement is in writing, requires that one or more of the parties contribute assets, and governs a continuing relationship between the parties;
- the agreement entered into restricts the range of activities that may be carried on, and provides for termination on the completion of the project or program; and
- the combination does not prevent or lessen, or is not likely to prevent or lessen, competition except to the extent reasonably required to undertake and complete the project or program.

Given that section 95 only covers agreements related to a specific project or program of research and development, and hence does not cover the broader collaboration often witnessed in strategic alliances, the provision's application to strategic alliances may be somewhat limited.

3.2.6 Abuse of Dominant Position Provisions

In other situations, a strategic alliance may be reviewable under the abuse of dominant position provisions. Several conditions will need to apply in such a case. First, the parties to the alliance will have to collectively control a class or species of business. The wording of the section refers to substantial or complete control of a class or species of business by "one or more persons", and hence it contemplates situations where a group of firms, perhaps through a strategic alliance, holds substantial or complete control of the class or species of business. In its interpretation of the word "control", the Competition Tribunal has adopted the economic test of market power.²⁴ Hence, a "class or species of business" involves defining relevant product and geographic markets. Because control requires market power, market share alone is not determinative. Other factors, most notably conditions of entry, are equally important.

Simply finding a dominant position, however, is not enough. The section also requires that the parties involved in the strategic alliance be engaged in a practice of anticompetitive acts. A non-exhaustive list of anticompetitive acts is found in section 78. In its decisions to date, the Competition Tribunal has taken a broad view of what constitutes a practice of anticompetitive acts, allowing for consideration of any act, the intended effect of which is either "predatory, exclusionary or disciplinary".²⁵ While anticompetitive purpose

²⁴ *Canada (Director of Investigation and Research) v. NutraSweet Company*, (1991), 32 C.P.R. (3d) 1 (C.T.) at 28.

²⁵ *Ibid.*, at 34.

is a necessary ingredient in making this determination, the Competition Tribunal accepts that evidence related to the likely effect of the act itself can be used to establish purpose.²⁶

Finally, the practice of anticompetitive acts will need to have led to, or be likely to lead to, a substantial lessening or prevention of competition. The likelihood that this may result from the anticompetitive acts can be assessed by reference to the level of competition in the relevant market in which the alleged anticompetitive acts occur and its likely level of competition in their absence.²⁷ In determining whether a practice is likely to prevent or lessen competition substantially, the Tribunal may consider whether the practice is the result of “superior competitive performance”, as referenced in subsection 79(4).

²⁶ *Ibid.*, at 35-36.

²⁷ *Ibid.*, at 33.

Part 4

Public Education Program/Compliance

Compliance with the Act is the Director's overall objective. This is accomplished through a number of instruments and can best be achieved when business people have a sound understanding of the provisions of the Act. The Director places a great deal of emphasis on communications and education to foster a better understanding of the Act and its application, and has implemented an open-door, fix-it-first approach when dealing with the business community. In light of the various provisions which may apply to strategic alliances, parties may wish to approach the Bureau under the Program of Advisory Opinions to determine the Act's applicability.

4.1 The Communications and Education Program

The Director and staff of the Bureau undertake speaking engagements on a variety of competition matters. Bureau staff often conduct seminars for businesses and associations on topics of particular interest to them, such as: the detection and prevention of bid-rigging when calling for tenders; the notification and review procedures for large mergers; and the preparation of promotional material that conforms to the misleading advertising provisions of the Act. Other issues addressed include the application of the Act to joint ventures, specialization agreements and other strategic arrangements contemplated to respond to the demands for structural adjustment in the economy. These sessions, while general in approach, often lead to further, more specific, consultation through the Program of Advisory Opinions. The general education and communications program of the Director is supplemented by advisory opinions and information contacts which are designed to facilitate compliance with the Act in particular situations.

4.2 Advisory Opinions

The Director facilitates compliance by providing advisory opinions to those who wish to avoid coming into conflict with the Act. Under this program, company officials, lawyers, and others may request an opinion on whether the implementation of a proposed business plan or practice would comply with the Act. Opinions take into account previous jurisprudence, previous opinions and the stated policies of the Director, especially those set out in published Enforcement Guidelines. Under this program, the Director provides advisory opinions in relation to the specific set of facts presented by the parties. Hence, the degree of comfort provided by the Director in offering an opinion on a specific alliance will be directly proportional to the information the parties provide on the likely competitive effects of the alliance.

In providing an opinion, the Director neither regulates conduct nor pronounces on the legality of the proposal. Instead, the Director will indicate whether a proposal is likely to provide grounds to initiate an inquiry under the Act. The parties remain free to adopt or pursue a particular course of action notwithstanding a negative opinion from the Director with the understanding that they may, following investigation, be challenged by either a referral to the Attorney General for prosecution under the criminal provisions or an application filed with the Competition Tribunal under the reviewable provisions.

Advance Ruling Certificates are also available for parties to a proposed merger who wish assurance that it will not give rise to proceedings under the merger provisions of the Act.

Part 5 Conclusions

As is evident from the above, black and white issues are infrequent when applying the *Act* to strategic alliances which maintain, create or enhance market power. Therefore, parties who believe their alliance is likely to have this effect may wish to request an advisory opinion.

When dealing with strategic alliances, it is important to focus on their actual and likely competitive effects. This focus highlights the fact that most strategic alliances will not be an issue under the *Act*. This results, not from an argument about the *Act*'s application to these new forms of inter-firm cooperation, but rather from the fact that, in most cases, strategic alliances are unlikely to have as their purpose or effect the maintenance, creation or enhancement of market power. Where competition issues do arise, the *Act* is well-equipped to deal with these on a balanced basis.

Appendix 1

Illustrative Scenarios

The possibilities for different kinds of strategic alliances are virtually without limit. Strategic alliances can be found in most, if not all, industries and include firms of all sizes and descriptions. The motivations for entering into alliances also vary considerably, including research, efficiency, learning, market access, or anticompetitive ends. Finally, strategic alliances may be constructed in various corporate forms.

To assist business people in determining the status of various types of strategic alliances under the Act, nine illustrative scenarios are presented below, relating to conspiracy, information sharing, cooperative measures to meet environmental regulations, export consortia, specialization agreements, mergers, international alliances, abuse of dominance, and industry-wide alliances. These scenarios are presented in summary form and of necessity do not include an exhaustive factual background nor a lengthy discussion of the issues raised. They are meant only to highlight the likely analytical approach taken in each situation. While the principles and issues identified in these scenarios have general application to all industries and to the many forms which strategic alliances may take, parties may wish to approach the Bureau for more specific guidance in respect of a particular alliance.

Strategic Alliances Scenarios

(I) Conspiracy Example

All of the members at one trade level of an industry want to take joint action to rectify or “clean up” two principal concerns: discount levels have become “too high” and credit terms have become “too long”. Because each of these “problems” represents a form of competitive inducement to the customers of the industry, no single firm is willing to discontinue the current practice

unilaterally due to the risk of lost business. Hence, they argue that joint action is required, perhaps through an alliance of interests established by their trade association. It is agreed by the three largest members of the industry association that they will participate in an alliance to better align their long-term interests, particularly their marketing strategies. As part of this strategy, the parties agree to discount levels and credit terms. A couple of smaller firms engaged in importing remain outside of the agreement although neither is viewed as a significant rival by the alliance partners.

Discussion

Whether the firms’ proposals will cause the Director to initiate an inquiry will depend upon whether the likely effect of the alliance is an undue prevention or lessening of competition. As noted earlier, the “undueness” concept essentially involves a measurement of the market power held by the parties to the agreement combined with behaviour injurious to competition. In this example, the alliance of interests to be established involves the largest and most significant members of the industry. There are few firms outside of the alliance, and they are not viewed as providing significant enough competition to disrupt the participating firms’ efforts to align their marketing strategies. If it is also the case that new firms would find it difficult to profitably enter this industry on a timely basis then new entry is unlikely to discourage the implementation of the agreement. In such circumstances, the Director is likely to find that the parties to the alliance possess market power.

As a result, the proposed course of action would likely cause the Director to initiate an inquiry under the conspiracy provisions. Notwithstanding the fact that the firms do not want to fix the nominal prices of the products which they sell in competition with each other, they are agreeing with respect to factors (i.e., discount levels and credit terms) which do have a bearing on the ultimate transaction prices to be paid and costs to

be borne by their customers, with ensuing downstream price consequences. Hence, it is the Director's view that the behaviour of the firms would likely be injurious to competition.

(II) Information Sharing Example

A manufacturer of consumer appliances finds that it must become more efficient if it is to maintain its market position relative to its rivals in an increasingly competitive market. Impressive efficiency gains in warehousing and distribution have been realized by some firms outside of the appliance industry, which are being widely benchmarked by their own and other industries.²⁸ Following the example of others, the manufacturer seeks out a clothing retailer as a benchmark for distribution. The two firms enter into a contract pursuant to which the retailing company agrees to share confidential cost information with the manufacturer for a fee and subject to various non-disclosure provisions. The two firms also agree to work together to improve future warehousing and distribution techniques.

Encouraged by the benchmarking of the clothing retailer, the manufacturer seeks a wider strategic alliance with one of its competitors. Each firm would benchmark the other with respect to administration, warehousing and distribution.

The key lesson learned by the participants involved in the second benchmarking exercise is that neither firm can individually afford an information technology system but each needs to utilize such a system in order to remain competitive with the largest firms in the industry who are able to afford the system on their own. The two competitors enter into a further alliance whereby they jointly buy the information technology and share it as a common facility, but do not share competitively sensitive information through it. The sharing of information on their administration, warehousing and distribution costs ends with the acquisition of the information technology.

Discussion

In the first alliance involving benchmarking between the appliance manufacturer and the clothing retailer, there are no competition issues, given that the two firms do not compete with each other in their relevant markets. As the benchmarking exercise is shifted towards a horizontal competitor of the appliance manufacturer, however, there is a potential risk of exposure under the conspiracy provisions of the Act. The level of risk will depend upon the degree of collective market power held by the two manufacturers and upon what kind of information is shared, who shares it and the particular process whereby the information is compiled and disseminated.

In this example, it is unlikely that the participants in the second benchmarking exercise possess market power. While the benchmarking exercise includes two horizontal firms, it does not include the largest firms in the industry. Furthermore, the larger firms operating in the industry are able to afford the new technology and hence would appear to have a cost advantage over the benchmarking participants. This cost advantage presumably allows the larger firms to price in a more aggressive fashion compared to the benchmarking firms.

Under a different set of assumptions, the example could be constructed to give the parties to the second benchmarking exercise market power. In such a case, the benchmarking exercise could give rise to reduced uncertainty about the competitive reaction of rivals. Under these circumstances, a competition issue could arise even in cases where the information to be shared does not relate to future pricing, output, or marketing strategies. As the above example of sharing information technology is constructed, the parties jointly purchase information technology which is shared as a common facility without competitively sensitive information being exchanged. Hence, their behaviour is unlikely to be found to be injurious to competition.

²⁸ Benchmarking refers to comparisons made with other firms in order to highlight best practices and promote their adoption.

(III) Cooperative Measures To Meet Environmental Regulations Example

An industry faces strong pressures from its customers, the general public and the federal government to reduce the level of emissions in manufacturing. Each manufacturer is willing to comply with environmental targets but only if its competitors also comply. Concerned that laggards would enjoy a competitive cost advantage, no firm is willing to take the lead in spending the necessary funds to reduce its level of emissions. To remove this concern, the industry association signs a memorandum of understanding with the federal government pursuant to which its members will work together to voluntarily achieve target reductions of certain emissions.

The four largest firms, accounting for 80% of Canadian output, also agree to enter into a research alliance to develop new technologies for reducing emissions and to find substitutes to existing products which present an environmental hazard.

Discussion

Voluntary agreements by industry to comply with environmental standards set by government are an alternative to command-and-control type regulations. They are part of an international trend towards market-oriented policies and decreasing reliance on industry-specific government regulation. Voluntary environmental agreements may refer only to emissions and the unwanted by-products of production, or they may refer to the final products that are sold on the market themselves (e.g., the reduction or complete elimination of products that contain certain harmful substances).

This example falls within the defences to the conspiracy provisions outlined in the Act; namely, measures to protect the environment.²⁹ As a result, it will cause the

Director to initiate an inquiry under the conspiracy provisions only if the exception to the defence applies. If the environmental agreement relates only to emissions and unwanted by-products of production, it is not likely to prevent or lessen competition unduly in respect of either prices, quantity or quality of production, markets or customers, channels or methods of distribution or restrict entry or expansion and as a result the defence will hold. Likewise, if the research alliance is not likely to result in any of the adverse effects contained in the exceptions above, it too will fall within the defence.

Alternatively, if the environmental goal requires a reduction or limitation upon final product output, as opposed to emissions, an issue could arise under the Act if the participants to the voluntary agreement collectively possess market power. Targets for reduced industry output or an agreement on levels of output could well amount to a market sharing agreement, behaviour which is captured under the exceptions in subsection 45(4). Where market power is present, such agreements would likely lead to an undue lessening or prevention of competition.

With all firms within the industry party to the voluntary agreement, it is likely that collectively they hold market power although this will depend upon barriers to entry. Having found that market power exists, information sharing in the course of discussions relating to the voluntary agreement that results in an agreement that adversely impacts on prices, market shares, quantity or quality of output, or industry capacity would likely cause the Director to initiate an inquiry under section 45.

In principle, there is less potential for anticompetitive actions to be taken if all of the affected groups — including key customers and suppliers — are adequately represented in the process. Both industry and government participants could obtain comfort if a voluntary environmental agreement incorporates a disclaimer to

²⁹ The research alliance could fall under either the defence related to measures to protect the environment or cooperation in research and development.

send a clear message that the government is not condoning or promoting any type of activity that would violate the Act or any other Canadian statute.³⁰

In the case of the research alliance, a determination of whether the parties to the alliance hold market power will depend upon the degree of import competition and barriers to entry. If it is found that market power exists and that the information exchange extends beyond cooperation in research and development such that either prices, market shares, output or industry capacity are negatively affected, it is likely that the Director would initiate an inquiry under section 45.

(IV) Export Consortium Example

Canadian producers of certain resource processing equipment sell their output exclusively within the domestic market. They realize that there are opportunities in foreign markets but each firm lacks the knowledge of how to penetrate those markets. Individual firms also face strong pressure to minimize costs, making any individual firm reluctant to invest the time, money and managerial attention required to establish a position in export markets.

The Canadian producers form an export consortium, which would purchase the expertise that is necessary to penetrate foreign markets, coordinate and combine the output from different firms into large shipment units, negotiate favorable shipping rates for the combined shipments, and negotiate on behalf of the industry with foreign buyers. The firms involved would possess market power if they acted in concert in the domestic market owing to existing trade restrictions, but not necessarily in any of the foreign markets they seek to enter.

Discussion

The Act provides a defence to the conspiracy provisions where the agreement in question relates only to the export of products from Canada. In this example,

the alliance falls within the defence and hence the Director would not initiate an inquiry in respect of the alliance. It is only in the event that participation in the consortium is used as a cover to unduly lessen or prevent competition in the domestic market that the conspiracy provisions may be violated. Alternatively, the defence may be lost if the consortium acts to reduce the real value of exports of the product from Canada. This could be the effect if potential exporters were denied membership in the consortium or denied supply of the product in order to preclude them from participating in the export market.

(V) Specialization Agreement Example

Two Canadian firms account for the entire domestic production of a type of manufacturing equipment. Each domestic firm has several manufacturing plants spread across the country to serve regional markets, and sells its products through sales agents who visit manufacturing plants. While imports have traditionally been minimal, the threat of more significant import competition has increased following a reduction of tariffs. This has forced the two firms to consider further rationalization of their plants in order to achieve available economies of scale. They decide to enter into a specialization agreement in which each firm will concentrate on producing only certain of the products while discontinuing production of certain others. All of the products currently being produced would continue to be produced by one firm or the other.

Under the agreement, each firm would continue to market a full line of products by virtue of an exclusive supply arrangement between themselves. Transaction prices between the firms would be determined over time by a cost-based formula set out in their agreement, but final prices to customers are to be set by each firm independently. The firms claim that entering into this specialization agreement will enable them to realize certain purchasing and production economies, and result also in transportation savings. Since they are currently direct competitors in the production and sale

³⁰ Government involvement would preclude conviction under the Act only when such conduct is specifically authorized and effectively regulated pursuant to valid legislation.

of the relevant products, they want to know if their negotiations to enter into a specialization agreement would cause the Director to oppose the registration of the agreement by the Competition Tribunal.

Discussion

The registration of a specialization agreement by the parties with the Competition Tribunal provides an exemption from the conspiracy and exclusive dealing provisions of the Act where the efficiency gains expected to result from the agreement outweigh any lessening or prevention of competition. In this example, the parties to the agreement account for all domestic output. A final conclusion on market power, and hence the likelihood of a lessening or prevention of competition, will depend on the degree of import competition and barriers to entry. The efficiency gains flowing from the agreement may be defined as, *inter alia*, economies of scale, better integrated production facilities, plant specialization, lower transportation costs, and improved services and distribution operations. Reduction in general overhead expenses may also result. If the agreement is likely to lead to any lessening or prevention of competition, these cost savings must be large enough to offset the adverse effects on competition. In assessing the extent to which competition is lessened, the continued independence of the parties in pricing or marketing their products would be an important consideration. Furthermore, the relevant efficiency gains included in the trade-off analysis are those which would not likely be attained if the specialization agreement was not implemented.

The specialization agreement exemption relates only to the registered agreement, and does not cover other activities which may go beyond the registered agreement. In addition, entering into a specialization agreement without first attempting to have it registered before the Tribunal would leave the parties open to a possible inquiry under the conspiracy provisions for which the efficiency aspects of their agreement would not be a defence. Section 45 does not contain any provision for assessing the merit or value of efficiency gains which may offset negative effects on competition. The sole

issue reviewed by the Director under the conspiracy provisions would be the extent to which the agreement lessened or prevented competition unduly.

(VI) Merger Example

Two horizontal competitors produce high technology equipment. A large, foreign multinational (Firm A) acquires a 14.9% equity share in a Canadian firm (Firm B) and will place one person on the six person board of directors of Firm B. Firm B supplies Firm A with a component of the equipment they produce whose source of supply has been rapidly diminishing in recent years. The alliance involves: a long-term supply contract for this component between the two firms; Firm A will collaborate with Firm B in certain research, development and manufacturing activities related to the equipment but the two firms will operate independently with respect to manufacturing, distribution and sales activities; Firm A will act as an "industry advisor" to Firm B and as such will have access to confidential proprietary information on Firm B and will play a significant role in expanding, altering, and diversifying product development and technology and the marketing and distribution of Firm B's products.

Discussion

Under section 91, a merger is defined to be the acquisition of control over, or significant interest in, a business or part thereof. While there is not an acquisition of *de jure* control in this case, the Director is likely to find that the transaction constitutes the acquisition of a "significant interest" by Firm A in Firm B. In this case, the collective effect of the various arrangements entered into is to place Firm A in a position to materially influence the competitive behaviour of Firm B by virtue of its equity holding; participation on the acquired firm's board of directors; multiple roles of financier, supplier and competitor; long-term supply agreement; advisory role; access to commercially confidential information; and the likelihood that the arrangement significantly changes the economic behaviour of Firm B or ends vigorous, effective competition between the

partners. In order to determine whether the transaction is likely to give rise to a substantial lessening or prevention of competition it will require a full analysis following the *Merger Enforcement Guidelines*.

In general, a merger will be found to likely prevent or lessen competition substantially when the parties to the merger would be in a position to exercise a materially greater degree of market power in a substantial part of the relevant market for two years or more. In order to make this assessment, information in respect of market share or industry concentration must be augmented with an analysis of foreign competition, the availability of substitutes, whether one of the parties is failing, barriers to entry, the effectiveness of remaining competition, and any other relevant factor. Finally, even in the event that a merger is found to prevent or lessen competition substantially, the merger will not be prohibited when there are gains in efficiency sufficient to offset the anticompetitive effects and these efficiencies would not be attainable if an order against the merger were made by the Competition Tribunal.

(VII) International Alliance Example

A small Canadian company specializes in pharmaceutical research. The firm has patents on four promising compounds, but finds that in order to generate profits from the patents, it requires certain complementary resources, including: clinical research capability in terms of experienced personnel and the funds to finance it; production facilities capable of producing large volumes after the drug has been approved by the government; management of the government approval process which requires experienced personnel and significant financial resources; and marketing and sales capability. The company enters into a strategic alliance with a major multinational pharmaceutical manufacturer in order to acquire these resources for one of its most promising compounds. The agreement covers the obligations of each partner with respect to development and distribution of the new drugs, the manufacturer's "right of first negotiation" on new drugs that are developed from the compound, world-wide marketing rights,

the sharing of confidential information, and the sharing of development costs and revenues. In order to minimize its dependence upon the manufacturer, the research firm makes similar agreements with different manufacturers for each of its other three compounds.

Discussion

It is possible to view this example as a strategic alliance which combines the core competence of each partner. The core competence of the small research firm is its ability to develop new compounds. The manufacturer's core competence (at least with respect to this particular compound) lies in the financial resources and knowledge required to shepherd new compounds through the regulatory approval process, manufacturing, marketing and distribution. The two firms may in fact be competitors in research but when the smaller company has produced a marketable compound, it is advantageous for both to combine their respective core competencies.

There are numerous firms participating in the market for drug research, production and sale world-wide. Small research companies may select their alliance partners from among a number of large, multinational pharmaceutical manufacturers and distributors, as illustrated in the example above. The opportunities to make alliances of this sort encourages smaller firms to enter into the research field in competition with the large multinationals. Given these factors, an alliance of this type would not likely maintain, create or enhance market power and as such would not raise an issue under the Act.

(VIII) Abuse Of Dominance Example

There is only one supplier of a chemical which is an essential ingredient in producing a new model of a consumer product. The chemical is used in many applications and is produced under patent, which will not expire for another ten years. The new consumer product enjoys a substantial price premium over the old models because of its unique features making it far more convenient to use. Two consumer product

manufacturers begin producing the new model, which quickly wins a 70% market share. The larger of these manufacturers, holding a 50% market share enters into a strategic alliance with the chemical supplier to replace existing production facilities for the chemical with a new plant. Pursuant to the alliance, the manufacturer offers financing for the new chemical plant and the supplier agrees to sell the chemical exclusively to the consumer product manufacturer. The manufacturer's competitor is then excluded from producing the new model because the alliance agreement has tied up the supply of the chemical. There are no other producers of a substitute for the chemical apparent on the horizon.

In response to repeated requests of the smaller manufacturer, the larger manufacturer agrees to supply the chemical to its competitor on a spot basis. While the smaller manufacturer gains access to the chemical, it finds its supply is sporadic and as a result it is unable to maintain its production levels at a cost-efficient level. In addition, the smaller manufacturer complains that the price which it is charged for the chemical greatly exceeds the price which the chemical supplier had previously charged, alleging that the larger manufacturer is attempting to squeeze its competitor's margins to reduce its ability to effectively compete and possibly force its exit. Even when the smaller manufacturer receives supply from the larger manufacturer, it finds that delivery is erratic, quality is not necessarily of the standard agreed to, and it is required to meet what it believes are unreasonable credit and payment terms. In response to its complaints, the larger manufacturer threatens to cut off supply entirely and to reinitiate an old-standing legal action against the smaller manufacturer in an unrelated area.

Discussion

In this example, the source of market power lies in the control of the chemical. By excluding competitors from reliable and independent access to an essential resource, the alliance may raise an issue under the

abuse of dominance provisions of the Act. Among the nine anticompetitive act examples outlined in section 78 is the pre-emption of scarce facilities or resources required by a competitor for the operation of a business, with the object of withholding the facilities or resources from a market.

A number of factors make it likely that this agreement would cause the Director to initiate an inquiry under the abuse provisions. By pre-empting an essential input, the larger manufacturer effectively excludes its smaller competitor from producing, in a cost-effective manner, a model which has won 70% of the market for a product and thereby effectively controls the market for the new model of consumer product. The rapid gain in market share of the new model despite being sold at a substantial price premium indicates that the old models are not particularly close substitutes. Control in this case is achieved by an anticompetitive act, namely the pre-emption of an essential input through the strategic alliance with the chemical supplier.

Having gained this control, the manufacturer proceeds to engage in a number of anticompetitive acts which appear to be designed to exclude or discipline its smaller rival. These acts include the original exclusive supply agreement for the chemical and squeezing of its rival's margins through a number of actions designed to raise the rival's costs, including higher prices for the chemical, spot supply, erratic delivery schedules, poorer chemical quality, and unfavourable credit and payment terms. The threatened legal action might also be found to constitute an anticompetitive act if it is frivolous or otherwise without merit. Such control and the subsequent anticompetitive acts appear likely to lead to a substantial lessening of competition for the consumer product. As the example is constructed, there does not appear to be any efficiency enhancing aspect of the exclusive supply arrangement between the parties to the alliance or the other actions taken by the manufacturer against its smaller rival.

(IX) Industry-Wide Agreement Example

Canadian manufacturers of a wide range of branded products find themselves exposed to strong import competition as a result of falling barriers to trade and reduced transportation costs. They find that they are competitive with foreign producers on manufacturing costs, having recently modernized plants and rationalized capacity, but that their distribution system is highly uncompetitive. Foreign manufacturers have achieved distribution economies by selling through alternative retail formats such as warehouse stores and mass merchandisers, which enjoy economies of scale, low-cost location, and who have electronically linked their retail check-out scanners to the foreign manufacturers' factory floors.

The Canadian manufacturers wish to continue selling to the traditional retail chains because they are viewed as giving better support to the value of brand names than do alternative retail formats. However, they do not believe that distribution efficiencies could be achieved quickly enough to prevent a drastic loss of market share to foreign manufacturers on the basis of each individual retailer working one-on-one with each of its suppliers to establish electronic links and implement new logistics systems. As a result, the manufacturers seek an industry-wide commitment, involving both vertical and horizontal alliances, which would significantly accelerate improvements to the distribution process. Once the new system is in place, it will function purely as a vertical alliance between traditional retail chains, brokers and manufacturers.

Discussion

Although this example looks quite different from the cooperative measures to meet environmental regulations example and the information sharing example, above, the same principles regarding horizontal agreements and information sharing among firms which collectively possess market power apply. In this example, the horizontal feature of the alliance involves a significant amount of communication and cooperation between the domestic manufacturers. This will only cause the Director to initiate an inquiry under section 45 if

the parties to the exchange possess market power. An important factor to consider in making this determination is the presence of strong import competition. If competition from the foreign-based manufacturers limits the domestic firms' ability to collectively raise price or lower output, quality, service, promotional activity or innovation then the Director is unlikely to initiate a formal inquiry.

If the parties are found to collectively possess market power, the Director's examination will turn to whether the contemplated arrangements are likely to constitute behaviour injurious to competition. The potential always exists when competitors meet around the same table, even for the purpose of implementing an essentially vertical arrangement, that discussions regarding competitive factors, such as pricing policy and the details of trade promotions will take place or that information exchanges may unduly lessen or prevent competition. If the arrangements entered into relate primarily to achieving cost-savings efficiencies along the vertical chain, they are unlikely to constitute injurious behaviour and hence unlikely to cause the Director to initiate a formal inquiry. The risk of a formal inquiry is increased, however, should the arrangements contemplate coordination among the horizontal manufacturers in respect of pricing, output, service or promotional activity.

This scenario is an example of competition, not only between individual firms, but between vertical systems. Such rivalry can be highly beneficial, resulting in lower costs, lower prices, a better selection of products and better service to consumers. Nonetheless, given the potential for widespread effects across the industry, particularly when the alliance entails agreements between all domestic horizontal competitors, firms contemplating such an arrangement may wish to approach the Bureau under its Program of Advisory Opinions. In responding to a request under the Program of Advisory Opinions, the Bureau would provide advice to assist the firms in achieving their aims without coming into conflict with the Act.

Appendix 2

How to Contact the Bureau of Competition Policy

(I) General Information

Anyone wishing to reach the Director or a member of the Bureau to obtain general information, make a complaint, or request an advisory opinion may contact the following office:

Complaints and Public Enquiries Centre
Bureau of Competition Policy
Industry Canada
50 Victoria Street
Hull, Québec
K1A 0C9

By telephone:

National Capital Region (819) 997-4282
Long distance (toll free) 1-800-348-5358
TDD service 1-800-642-3844

By fax: (819) 997-0324

(II) Mergers

Anyone wishing to obtain information concerning the application of the merger provisions of the Act, including those relating to notification of proposed transactions, may contact the Mergers Branch directly at the address below:

Mergers Branch
Bureau of Competition Policy
Industry Canada
50 Victoria Street, 19th Floor
Hull, Québec
K1A 0C9

By telephone: (819) 953-7092

By fax: (819) 953-6169

The Bureau recommends that notification filings be hand-delivered.

Annexe 2 Comment communiquer avec le Bureau

(I) Renseignements généraux

Toute personne souhaitant communiquer avec le directeur ou avec un membre du Bureau afin d'obtenir des renseignements généraux, de déposer une plainte ou de demander un avis consultatif est invitée à s'adresser au bureau cité ci-dessous :

Centre de plaintes et de renseignements
Bureau de la politique de concurrence

Industrie Canada
50, rue Victoria

Hull (Québec)

K1A 0C9

Téléphone : Capitale nationale (819) 997-4282
Numéro sans frais 1-800-348-5358
Service ATS 1-800-642-3844

Télcopieur : (819) 997-0324

(II) Fusionnements

Toute personne souhaitant obtenir des renseignements sur l'application des dispositions de la Loi relatives aux fusionnements, y compris celles qui ont trait à la présentation d'un avis de transaction proposée, peut communiquer directement avec la Direction des fusionnements à l'adresse suivante :

Direction générale des fusionnements
Bureau de la politique de concurrence

Industrie Canada

50, rue Victoria, 19^e étage

Hull (Québec)

K1A 0C9

Téléphone : (819) 953-7092
Télcopieur : (819) 953-6169

Le Bureau recommande que les avis soient envoyés par porteur.

Si nous trouvons que collectivement les parties possèdent une puissance commerciale, le directeur examinera si les accords proposés constituent vraisemblablement un comportement nuisible à la concurrence. Lorsque des concurrents se réunissent, même pour mettre en application un arrangement créant une relation essentiellement verticale, il y a toujours un danger que les discussions portent sur des facteurs de concurrence, comme la politique d'établissement des prix et les détails des activités de promotion, ou que l'échange d'information puisse réduire ou empêcher indûment la concurrence. Si les accords qui ont d'abord été conclus ont pour but des efficacités de réduction des coûts dans la chaîne verticale, ils ne constitueraient vraisemblablement pas un comportement nuisible et le directeur n'entreprendrait probablement pas une enquête formelle. Le risque d'une enquête des augmentes cependant s'il y a une coordination des arrangements proposés parmi les fabricants en relation horizontale concernant les prix, la production, le service ou l'activité publicitaire.

Dans ce scénario, il est question de concurrence, non seulement entre des entreprises distinctes, mais dans le cadre de relations verticales. Une telle rivalité peut être très bénéfique si elle donne lieu à une réduction des coûts et des prix et à une amélioration de la gamme de produits et du service aux consommateurs. Néanmoins, en raison de la possibilité qu'il y ait des répercussions s'étalant à l'échelle de l'industrie, surtout lorsque l'alliance suppose un arrangement entre tous les concurrents nationaux en relation horizontale, les entreprises qui envisagent un tel arrangement pourraient vouloir se prévaloir du Programme d'avis consultatifs du Bureau. En réponse à une demande d'avis consultatif, le Bureau s'efforcera de conseiller l'entreprise, de manière à l'aider à atteindre ses objectifs sans enfreindre la Loi.

qualité du produit chimique et les modalités de paiement ou de crédit défavorables. La menace d'une poursuite judiciaire pourrait aussi être susceptible de constituer des agissements anticoncurrentiels si c'est jugé superficiel ou non fondé. Un tel contrôle et les agissements anticoncurrentiels subséquents semblent vraisemblablement mener à une réduction sensible de la concurrence pour le produit de consommation. D'après les faits présentés dans le scénario, l'accord d'approvisionnement exclut entre les deux parties ou les autres actions prises par le fabricant contre son plus petit rival ne semblent pas procurer de gains en efficacité.

(IX) Alliance à l'échelle d'un secteur d'activité

Des fabricants canadiens d'une vaste gamme de produits sous marque constatent qu'ils ont à subir une forte concurrence de la part des importations, en conséquence de l'élimination progressive des entraves au commerce et de la réduction des frais de transport. Ils constatent aussi qu'ils peuvent rivaliser avec les fabricants étrangers sur le plan des coûts de fabrication, puisqu'ils ont récemment modernisé leurs usines et rationalisé leur capacité de production, mais que leur système de distribution les rend fortement non concurrentiels. Les fabricants étrangers sont parvenus à réaliser des économies en distribution par le recours à différentes formes de vente au détail, comme les magasins-entrepôts et les magasins à très grande surface qui offrent des économies d'échelle et des frais de location peu élevés et qui sont reliés aux usines des fabricants étrangers par lecteurs électroniques aux caisses des points de vente au détail.

Les fabricants canadiens souhaitent continuer de faire affaire avec les chaînes de détaillants habituels qui, à leur avis, offrent pour les produits de marque un meilleur appui que ne le font les autres types de détaillants. Toutefois, ils ne croient pas pouvoir améliorer l'efficacité de la distribution assez rapidement pour

empêcher la perte d'une part considérable de marché au profit des fabricants étrangers si chaque détaillant doit travailler avec chacun de ses fournisseurs pour la mise en place d'un réseau électronique et l'application d'un nouveau système logistique. Par conséquent, les fabricants souhaitent un engagement à l'échelle de l'industrie, reposant sur des alliances entre des entreprises en relation tant verticale qu'horizontale, qui permettrait d'améliorer beaucoup plus rapidement le processus de distribution. Le nouveau système, une fois en place, représentera simplement une alliance verticale entre des chaînes classiques de détaillants, des courtiers et des fabricants.

Analyse

Ce scénario présente un arrangement bien différent de celui de la coopération en vue du respect de la réglementation environnementale et de celui de l'échange d'information qui ont été décrits précédemment, mais les principes applicables sont les mêmes que ceux qui ont été définis dans les cas d'arrangements entre concurrents en relation horizontale et d'échange d'information entre des entreprises qui détiennent collectivement une puissance commerciale. Dans le présent scénario, les relations horizontales envisagées dans cette alliance supposent une communication et une coopération étroites entre les fabricants canadiens. Si les parties à l'échange possèdent une puissance commerciale, cela suffira pour amener le directeur à entreprendre une enquête en vertu de l'article 45. La présence d'une forte concurrence de la part des importations est un facteur important à considérer lors de cette décision. Si la concurrence des fabricants étrangers empêche les entreprises canadiennes de conjointement augmenter les prix ou diminuer leur production, leur qualité, leur service, leur activité publicitaire ou leur innovation, alors, le directeur n'entreprendrait vraisemblablement pas une enquête formelle.

Analyse

Dans ce scénario, la puissance commerciale provient du contrôle du produit chimique. Parce qu'elle empêche des concurrents d'avoir un accès efficace et indépendant à un composant essentiel, l'alliance peut aller à l'encontre des dispositions de la Loi concernant l'abus de position dominante. À l'article 78 sont énumérés neuf exemples d'agissements anticoncurrentiels, dont la préemption d'installations ou de ressources rares nécessaires à un concurrent pour l'exploitation d'une entreprise, dans le but de retenir ces installations ou ces ressources hors du marché.

Ce scénario présente un nombre d'aspects tels que le directeur serait amené à entreprendre une enquête en vertu des dispositions relatives à l'abus de position dominante. Le gros fabricant, en rendant impossible l'accès à un composant essentiel, empêche effectivement son plus petit concurrent de produire, de façon rentable, le nouveau modèle qui occupe 70 % du marché du produit de cette nature, si bien qu'il occupe une part prédominante du marché de ce nouveau modèle du produit de consommation. La forte hausse de la part de marché du nouveau modèle, même si ce dernier se vend beaucoup plus cher, laisse entendre que les modèles antérieurs peuvent difficilement lui être substitués. Dans ce scénario, le contrôle est acquis par des agissements anticoncurrentiels, à savoir la préemption d'un composant essentiel par voie d'une alliance stratégique avec le fournisseur du produit chimique.

Avant obtenu ce contrôle, le fabricant s'engage dans un certain nombre d'agissements anticoncurrentiels qui semblent vouloir exclure ou mettre au pas son plus petit rival. Ces agissements incluent l'accord original d'approvisionnement exclusif pour le produit chimique et le fait de comprimer les marges de profit de son rival et ce, à travers certaines actions ayant pour but d'augmenter les coûts de son rival incluant des prix plus élevés pour le produit chimique, l'approvisionnement sélectif, les horaires de livraison erratique, la pauvre

viendra pas à échéance avant dix ans. Le nouveau produit de consommation se vend à un prix beaucoup plus élevé que les modèles antérieurs parce qu'il présente des caractéristiques uniques qui en facilitent l'utilisation. Deux entreprises se lancent dans la fabrication du nouveau modèle qui occupe rapidement 70 % du marché. Le plus gros des deux fabricants, dont la part de marché est de 50 %, se lance dans une alliance stratégique avec le fournisseur du produit chimique en vue de remplacer les installations actuelles de production du fournisseur par une nouvelle usine. Dans le cadre de l'alliance stratégique, le fabricant offre de financer la nouvelle usine de production chimique et le fournisseur s'engage à vendre le produit chimique exclusivement à ce fabricant du produit de consommation. Le concurrent de ce fabricant devient alors incapable de fabriquer le nouveau produit parce qu'en conséquence de l'alliance, il n'a plus accès au produit chimique. Il n'existe aucun autre fabricant susceptible de fournir un produit chimique de remplacement.

Le plus gros fabricant, en réponse aux demandes répétées du plus petit fabricant, accepte de fournir ce produit chimique à son concurrent sur une base sélective. Même si le plus petit fabricant obtient l'accès au produit chimique, il trouve que l'approvisionnement est irrégulier et qu'il est donc incapable de maintenir ses niveaux de production à un niveau qui minimise les coûts. De plus, le plus petit fabricant se plaint que le prix qu'on lui demande pour le produit chimique dépasse largement celui que le fournisseur du produit chimique avait déjà demandé prétextant que le plus gros fabricant essaye de comprimer les marges de profit de son concurrent afin de réduire sa capacité de concurrence de façon efficace et de l'obliger vraisemblablement à quitter le marché. Même quand le plus petit fabricant reçoit l'approvisionnement du plus grand fabricant, il trouve que la livraison est erratique, que la qualité ne répond pas nécessairement aux normes auxquelles on s'attend et que les modalités de paiement ou de crédit qu'il lui offre, ne sont pas raisonnables. En réponse à ses plaintes, le plus gros fabricant menace d'arrêter l'approvisionnement et de recommencer une ancienne poursuite judiciaire contre le plus petit fabricant et ce, dans un tout autre domaine.

durant au moins deux ans. Pour évaluer la situation, il faudra non seulement recueillir de l'information sur la part de marché ou sur la concentration dans l'industrie, mais aussi analyser la concurrence étrangère, l'existence de produits de remplacement, la précarité de la situation financière de l'une des parties, les entraves à l'entrée, l'efficacité de la concurrence qui reste et tout autre facteur approprié. Enfin, même s'il est déterminé qu'un fusionnement empêche ou réduit sensiblement la concurrence, ce fusionnement ne sera pas interdit lorsqu'il permet de réaliser des gains en efficacité suffisants pour compenser les effets anticoncurrentiels et lorsque ces gains ne pourraient être réalisés si le Tribunal de la concurrence rendait une ordonnance interdisant le fusionnement.

(VII) Alliance internationale

Une petite entreprise canadienne, spécialisée en recherche sur les produits pharmaceutiques, possède des brevets ayant rapport à quatre composés promoteurs. Elle constate toutefois que pour être en mesure de tirer profit de ces brevets, elle doit se procurer certaines ressources complémentaires, notamment : le personnel d'expérience requis pour effectuer de la recherche clinique et les fonds nécessaires pour financer cette recherche; des installations de production permettant de fabriquer le médicament en grandes quantités lorsqu'il aura été approuvé par les autorités publiques; un service d'administration du processus d'approbation par les autorités publiques, qui suppose des employés d'expérience et des ressources financières considérables; un service de commercialisation et de vente. L'entreprise conclut une alliance stratégique avec une grande multinationale fabriquant des produits pharmaceutiques, afin d'obtenir les ressources nécessaires pour la mise en valeur de l'un de ses composés promoteurs. L'accord définit les obligations de chacune des parties à l'égard de la mise au point et de la distribution des nouveaux médicaments, du «droit prioritaire de négociation» du fabricant concernant les nouveaux médicaments mis au point à partir du composé, des droits de commercialisation à l'échelle mondiale, du partage de renseignements confidentiels et le partage des dépenses et des recettes

associées à la mise au point. Pour réduire au minimum sa dépendance à l'égard du fabriquant, l'entreprise de recherche conclut des accords semblables avec différents fabricants pour chacun des trois autres composés.

Analyse

Dans ce scénario, on peut considérer que l'alliance stratégique est un moyen de mettre en commun la compétence fondamentale de chacune des parties. La compétence est sa capacité de mettre au point de nouveaux composés, tandis que celle du fabricant, du moins à l'égard d'un composé donné, tient aux ressources financières et aux connaissances requises pour parvenir à faire approuver les nouveaux composés conformément à la réglementation, à les fabriquer, à les commercialiser et à les distribuer. Les deux entreprises peuvent en fait se faire concurrence dans le domaine de la recherche, mais lorsque la petite entreprise a mis au point un composé commercialisable, il est dans l'intérêt des deux parties de combiner leurs compétences fondamentales.

Il existe, sur le marché des médicaments, de nombreuses entreprises de recherche, de fabrication et de vente à l'échelle mondiale. Les petites entreprises de recherche peuvent choisir leurs partenaires parmi un certain nombre de grands fabricants et distributeurs multinationaux de produits pharmaceutiques, comme le décrit ce scénario. La possibilité de conclure des alliances de cette nature incite les plus petites entreprises à se lancer en recherche et à faire concurrence aux grandes multinationales. Ainsi, il est peu probable qu'une alliance de cette nature maintienne, crée ou accroisse une puissance commerciale, si bien qu'elle ne présente aucune inquiétude aux termes de la Loi.

(VIII) Abus de position dominante

Il n'existe qu'un fournisseur d'un produit chimique essentiel à la fabrication d'un nouveau modèle de produit de consommation. Ce produit chimique a de nombreuses applications et est protégé par un brevet qui ne

L'entreprise A doit conseiller l'entreprise B et elle aura donc accès à des renseignements exclusifs confidentiels sur l'entreprise B et jouera un grand rôle dans l'expansion, la modification et la diversification de la mise au point des produits et de la technologie ainsi que dans la commercialisation et la distribution des produits de l'entreprise B.

Analyse

Aux termes de l'article 91, le fusionnement est l'acquisition du contrôle sur la totalité ou quelque partie d'une entreprise ou d'un intérêt relativement important dans la totalité ou quelque partie d'une entreprise. Bien que la prise de participation dans le scénario ne corresponde pas à une prise de contrôle *de jure*, le directeur estimera probablement qu'il s'agit de l'acquisition d'un «intérêt relativement important» de l'entreprise A dans l'entreprise B. Dans ce cas, les diverses modalités de l'arrangement auront pour effet global de permettre à l'entreprise A d'influencer concrètement le comportement concurrentiel de l'entreprise B du fait de la prise de participation dans cette dernière, de la nomination d'une personne à son conseil d'administration, du rôle de source de financement, de fournisseur et de concurrent de l'entreprise B, de l'accord d'approvisionnement à long terme, du rôle consultatif, de l'accès par l'entreprise A à des renseignements commerciaux confidentiels sur l'entreprise B et de la probabilité que l'arrangement modifie considérablement l'activité économique de l'entreprise B ou mette fin à une concurrence vigoureuse et efficace entre les partenaires. Pour déterminer si le fusionnement est susceptible de réduire sensiblement ou d'empêcher la concurrence, il faudra effectuer une analyse approfondie conformément aux *Fusionnements, Lignes directrices pour l'application de la Loi*.

De façon générale, un fusionnement sera jugé susceptible d'empêcher ou de réduire sensiblement la concurrence si les parties au fusionnement sont en mesure d'exercer une puissance commerciale effectivement plus grande sur une part importante du marché en question,

les effets négatifs sur la concurrence. Pendant l'évaluation de l'importance de la diminution de la concurrence, l'indépendance continue des parties concernant la détermination des prix ou la commercialisation de leurs produits devrait être un point important. En outre, les gains en efficacité à considérer dans cet exercice sont ceux qui ne seraient vraisemblablement pas réalisés en l'absence d'un accord de spécialisation.

L'exception prévue pour les accords de spécialisation s'applique uniquement à ceux qui sont inscrits et n'est pas applicable aux activités non prévues dans ces accords. En outre, les parties qui concluent un accord de spécialisation sans d'abord l'inscrire auprès du Tribunal de la concurrence s'exposent à la tenue d'une enquête en vertu des dispositions relatives aux complots au cours de laquelle elles ne pourraient invoquer comme moyen de défense les gains en efficacité que procurerait leur accord. L'article 45 ne renferme pas de dispositions prévoyant l'évaluation des gains en efficacité susceptibles de compenser des effets négatifs sur la concurrence. Le seul aspect que le directeur est appelé à examiner en vertu des dispositions relatives aux complots est le degré auquel l'accord empêche ou réduit indûment la concurrence.

(VI) Fusionnement

Deux entreprises en concurrence horizontale fabriquent du matériel technique de pointe. L'entreprise A, importante multinationale étrangère, acquiert une participation de 14,9 % dans l'entreprise B, entreprise canadienne, et nomme une personne au conseil d'administration de cette dernière qui compte six membres. L'entreprise B fournit à l'entreprise A un composant de l'équipement produit par l'entreprise A, dont l'approvisionnement a rapidement diminué ces dernières années. L'alliance entre les deux entreprises suppose un contrat d'approvisionnement à long terme de ce composant. L'entreprise A s'engage à collaborer avec l'entreprise B pour certains travaux de recherche et de développement et certaines activités de fabrication de l'équipement, mais les deux entreprises demeurent autonomes pour ce qui est de la fabrication, de la distribution et des ventes.

agissaient de façon concertée sur le marché intérieur, en raison des restrictions commerciales existantes, mais il n'en serait pas nécessairement ainsi sur les marchés étrangers auxquels elles veulent avoir accès.

Analyse

La Loi prévoit un moyen de défense contre une accusation de complot lorsque l'accord vise uniquement l'exportation de produits canadiens à l'étranger. Dans ce scénario, l'alliance serait telle qu'il serait possible d'invoquer le moyen de défense prévu, de sorte que le directeur n'entreprendrait pas une enquête. Il y aurait infraction aux dispositions relatives aux complots uniquement si la participation au consortium était un moyen dissimulé de réduire ou d'empêcher indûment la concurrence sur le marché intérieur. Le moyen de défense serait inapplicable si le consortium agissait de manière à abaisser la valeur réelle des exportations canadiennes. Ces effets pourraient se produire si le consortium refusait de permettre à des exportateurs possibles d'en faire partie ou refusait de leur fournir le produit de manière à les empêcher d'exporter.

(V) Accord de spécialisation

Deux entreprises canadiennes sont à l'origine de la totalité de la production canadienne d'un type particulier d'équipement de fabrication. Chacune de ces entreprises compte plusieurs usines de fabrication établies dans diverses régions et elle vend ses produits par l'intermédiaire d'agents qui visitent les usines de fabrication. Les importations, minimales dans le passé, sont susceptibles de livrer une concurrence plus vive en conséquence de la réduction des droits de douane. Les deux entreprises sont donc obligées d'envisager une rationalisation plus poussée de leurs usines afin de réaliser les économies d'échelle potentielles. Elles décident donc de conclure un accord de spécialisation dans le cadre duquel chacune doit se spécialiser dans la fabrication de certains produits, abandonnant la production de certains autres. Tous les produits existants continueraient d'être fabriqués par l'une ou l'autre entreprise.

En vertu de l'accord, chaque entreprise continuerait d'offrir une gamme complète de produits dans le cadre d'un accord d'approvisionnement exclusif réciproque. Les prix que paieraient entre elles les deux entreprises seraient déterminés avec le temps à l'aide d'une formule d'établissement des coûts décrite dans l'accord, mais les prix finals à payer par les consommateurs seraient déterminés de façon autonome par chaque entreprise. Les entreprises soutiennent que cet accord de spécialisation leur permettra de réaliser certaines économies sur le plan des achats et de la production et qu'il mènera aussi à des économies à l'égard du transport. Ces deux entreprises, qui sont actuellement en concurrence directe pour la production et la vente des produits en question, souhaitent savoir si les négociations qu'elles poursuivent en vue de conclure un accord de spécialisation conduiraient le directeur à s'opposer à l'enregistrement de l'accord par le Tribunal de la concurrence.

Analyse

L'inscription d'un accord de spécialisation par les parties, auprès du Tribunal de la concurrence, permet de soustraire l'accord à l'application des dispositions de la Loi relatives aux complots et à l'exclusivité lorsque les gains en efficacité devant vraisemblablement résulter de l'accord seront plus importants que les effets d'empêchement ou de réduction de la concurrence. Dans ce scénario, les parties à l'accord sont à l'origine de la totalité de la production canadienne. La décision finale au sujet de la puissance commerciale et, partant, de la possibilité de réduction ou d'empêchement de la concurrence dépendra du degré de concurrence exercée par les importations et des entraves à l'entrée. Les gains en efficacité que l'accord permettra de réaliser peuvent comprendre, entre autres, les économies d'échelle, une meilleure intégration des installations de production, la spécialisation des usines, la diminution des frais de transport et l'amélioration des services et de la distribution. Il pourrait aussi en résulter une baisse des frais généraux. Si l'accord a pour conséquence de réduire ou d'empêcher la concurrence, les sommes économisées doivent être suffisamment importantes pour compenser

avertissement indiquant clairement que le gouvernement ne permet ni l'encouragement aucune activité susceptible d'entreprendre la Loi ou toute autre loi canadienne³⁰.

Dans le cas d'une alliance dans le domaine de la recherche, l'existence d'une puissance commerciale détenue par les parties à l'alliance serait évaluée en fonction des entraves à l'accès au marché et de la concurrence livrée par les importations. Si nous trouvons que la puissance de marché existe et que l'échange d'information s'étend au-delà de la coopération dans le domaine de la recherche et du développement et que soit les prix, soit les parts de marché, soit la production ou la capacité des entreprises sont affectées de façon négative, il est vraisemblable que le directeur entreprendrait une enquête en vertu de l'article 45.

(iv) Consortium d'exportation

Des producteurs canadiens de certains types d'équipement de transformation des ressources vendent leurs produits exclusivement sur le marché intérieur. Ces producteurs sont conscients de l'existence de débouchés à l'étranger, mais les entreprises individuelles ne savent pas comment avoir accès à ces marchés. Les entreprises individuelles se voient aussi obligées de réduire leurs coûts au minimum, si bien que chacune d'elles hésite, à elle seule, à investir temps et argent et à affecter les gestionnaires nécessaires pour se tailler une place sur les marchés étrangers.

Les producteurs canadiens forment un consortium d'exportation qui sera chargé d'acquiescer l'expertise nécessaire pour entrer sur des marchés étrangers, de coordonner la production de différentes entreprises et de la grouper pour en faire des expéditions importantes, de négocier des frais de transport avantageux pour ces expéditions groupées et de représenter les membres de l'industrie auprès des acheteurs étrangers. Les entreprises auraient une puissance commerciale si elles

à une alliance visant la recherche qui est susceptible de ne pas avoir d'effet négatif contenu dans les exceptions précédentes.

En revanche, si, pour protéger l'environnement, il est nécessaire de réduire ou de limiter la production finale, plutôt que les émissions, il y a lieu de s'inquiéter d'une réduction de la concurrence au sens de la Loi si les parties à un accord concluent librement détiennent collectivement une puissance commerciale. Des objectifs de réduction de la production dans une branche d'activité ou la conclusion d'un accord sur les niveaux de production peuvent équivaloir à un accord de partage du marché, ce qui rendrait le moyen de défense inapplicable comme le posent les exceptions prévues au paragraphe 45(4). Lorsqu'existe une puissance commerciale, un accord de ce type est susceptible d'avoir pour effet de réduire ou d'empêcher indûment la concurrence.

Dans le cas d'un accord conclu librement entre toutes les entreprises d'une branche d'activité, il est probable qu'elles détiennent ensemble une puissance commerciale même si cela dépend des entraves à l'entrée. Avant d'information, dans le cadre des discussions ayant trait à un accord conclu librement, qui aboutirait à un accord ayant un effet nuisible quant aux prix, aux parts de marché, à la qualité, la quantité ou la capacité de production de l'industrie, inciterait vraisemblablement le directeur à entreprendre une enquête en vertu de l'article 45.

En principe, il y aura un moins grand danger d'agissements anticoncurrentiels si tous les groupes intéressés, dont les principaux clients et fournisseurs, sont convenablement représentés dans le cadre du processus. Les participants tant du secteur d'activité que du gouvernement auront moins à s'inquiéter si l'accord librement conclu en vue de protéger l'environnement renferme un

³⁰ L'application du gouvernement éviterait une condamnation en vertu de la Loi seulement lorsqu'une telle conduite est précisément permise et réglementée en vertu d'une loi valide.

plan des coûts par rapport aux parties à l'alliance. Grâce à cet avantage, les entreprises plus importantes peuvent vraisemblablement mener une lutte par les prix plus rude que ne le peuvent les parties à l'échange d'information.

On pourrait envisager un scénario différent où les parties à la seconde alliance possèderaient une puissance commerciale. Ainsi, l'échange d'information pourrait rendre plus prévisible la réaction des concurrents. Dans ce cas, les effets sur la concurrence pourraient être une source d'inquiétude, même si l'information à échanger n'a pas rapport aux stratégies futures d'établissement des prix, de production ou de commercialisation. Dans le scénario tel qu'il est défini, cependant, les parties acquièrent conjointement la technologie qu'elles partagent sans échanger d'information délicate du point de vue de la concurrence. Il est donc peu probable que leur comportement soit jugé préjudiciable à la concurrence.

(iii) Coopération en vue du respect de la réglementation environnementale

Une industrie subit, de la part de ses clients, du public et du gouvernement fédéral, de fortes pressions l'incitant à réduire le niveau des émissions produites par les activités de fabrication de ses membres. Chaque fabricant serait disposé à respecter des normes environnementales si tous ses concurrents faisaient de même. Craignant que certains fabricants qui mettraient du temps à se conformer aux normes ne bénéficient d'un avantage concurrentiel sur le plan des coûts, aucune entreprise n'est disposée à être la première à dépenser les sommes nécessaires pour réduire le niveau de ses émissions. Pour chasser cette inquiétude, l'association sectorielle conclut, avec le gouvernement fédéral, un protocole d'entente prévoyant la coopération des membres de l'association en vue de réduire volontairement certaines émissions à des niveaux cibles.

Les quatre principales entreprises de fabrication, qui sont à l'origine de 80 % de la production canadienne, conviennent en plus de s'allier dans la recherche afin

Analyse

de mettre au point de nouvelles technologies devant leur permettre de réduire les émissions et afin de rem-
placer les produits actuels pouvant avoir des effets négatifs sur l'environnement.

Les accords que peuvent conclure librement les membres d'une industrie en vue de respecter les normes environnementales établies par le gouvernement représentent une façon de procéder autre que la réglementation directe par voie d'ordonnances et de contrôle. Ils s'inscrivent dans un mouvement international dans lequel les mesures axées sur le marché sont privilégiées par rapport à la mise en place par le gouvernement d'une réglementation propre à un secteur d'activité. Les accords conclus librement en vue de la protection de l'environnement peuvent porter uniquement sur les émissions et sur les sous-produits non voulus de la fabrication, ou encore sur les produits finis vendus sur le marché (p. ex., sur la réduction ou l'élimination totale de produits contenant certaines substances nocives).

Ce scénario décrit une alliance correspondant à l'un des moyens de défense prévus dans les dispositions relatives aux complots de la Loi, à savoir les mesures visant à protéger l'environnement²⁹. Par conséquent, cette alliance conduira le directeur à entreprendre une enquête en vertu des dispositions relatives aux complots unique-
ment si cette alliance est visée par les exceptions rendant le moyen de défense inapplicable. Si l'accord en matière de protection de l'environnement porte seulement sur les émissions et les sous-produits non voulus de la fabrication, il est peu probable qu'il empêche ou réduise indûment la concurrence à l'égard des prix, de la quantité ou de la qualité de la production, des marchés ou des clients, des réseaux ou des méthodes de distribution, ou qu'il restreigne l'accès ou l'expansion, si bien que le moyen de défense peut être invoqué. De même, le moyen de défense prévu sera applicable

²⁹ Une alliance en vue de la recherche peut être justifiée en invoquant qu'il s'agit soit de mesures visant à protéger l'environnement, soit d'une collaboration en matière de recherches et développement.

de ces entreprises prendrait sa concurrente pour modèle dans les domaines de l'administration, de l'entrepôt et de la distribution.

La principale constatation des parties au second accord est le fait qu'aucune des deux entreprises n'a, à elle seule, les moyens de se procurer la technologie de l'information dont chacune a besoin pour continuer de soutenir la concurrence des plus grandes entreprises de l'industrie qui, elles, ont les moyens d'avoir ce système d'information. Ces deux concurrentes concluent une alliance leur permettant d'acquérir conjointement la technologie de l'information et de partager cette technologie, mais non pas l'information délicate qu'elle renferme. L'échange d'information sur leurs frais d'administration, d'entrepôt et de distribution prend fin lors de l'acquisition de la technologie de l'information.

Analyse

Dans la première alliance supposant une analyse comparative entre un fabricant d'appareils électroménagers et un détaillant de vêtements, la concurrence n'est pas susceptible d'être affaiblie parce que les deux entreprises ne se font pas concurrence sur leurs marchés respectifs. Toutefois, comme le processus est étendu aux concurrents du fabricant d'appareils qui sont en relation horizontale avec lui, il y a un plus grand danger d'intrusion aux dispositions relatives aux complots de la Loi. L'importance du danger dépendra de l'importance de la puissance commerciale devenue collectivement par les deux fabricants participants et de la nature de l'information échangée, des parties à l'échange et de la méthode particulière de collecte et de diffusion de l'information.

Dans ce scénario, il est peu probable que les parties à la seconde alliance détienne une puissance commerciale. Les deux entreprises en cause dans cet échange d'information sont en relation horizontale, mais ne sont pas les plus importantes du secteur d'activité, à savoir celles qui ont les moyens d'acquérir la nouvelle technologie et, partant, qui sembleraient avantagées sur le

Dans ces conditions, le directeur jugera vraisemblablement que les parties à l'alliance possèdent une puissance commerciale.

La façon d'agir proposée est donc susceptible de conduire le directeur à entreprendre une enquête en vertu des dispositions relatives aux complots. Même si les entreprises rivales ne veulent pas nécessairement fixer les prix des produits qu'elles vendent en concurrence, elles s'entendent sur des aspects (c.-à-d. rabais et échéance de paiement) qui influent effectivement sur les prix nets à payer et sur les coûts que devront supporter leurs clients. Par conséquent, le directeur estimerait que le comportement des entreprises serait vraisemblablement préjudiciable à la concurrence.

(iii) Échange d'information

Un fabricant d'appareils électroménagers estime qu'il doit accroître son efficacité s'il souhaite maintenir sa position relative sur le marché où s'exerce une concurrence grandissante. Les importants gains en efficacité réalisés dans les domaines de l'entrepôt et de la distribution par certaines entreprises n'appartenant pas à l'industrie des appareils électroménagers deviennent des modèles à suivre pour les entreprises de cette industrie et celles qui œuvrent dans d'autres domaines²⁸. Suivant l'exemple d'autres entreprises, le fabricant choisit comme modèle de distribution un détaillant de vêtements. Les deux entreprises concluent un accord suivant lequel l'entreprise détaillante convient d'échanger avec le fabricant des renseignements confidentiels sur les coûts, contre paiement et sous réserve de la non-divulgateion de l'information. Les deux entreprises conviennent également de coopérer en vue d'améliorer d'avantage les techniques d'entrepôt et de distribution.

Incidé par les bons résultats obtenus avec le détaillant de vêtements, le fabricant propose une alliance stratégique plus étendue avec un de ses concurrents. Chacune

²⁸ Il s'agit de l'analyse comparative d'entreprises afin de dégager les pratiques optimales dans une branche industrielle et de favoriser leur adoption.

Annexe 1 Scénarios

de ces « problèmes » représente une forme d'incitation concurrentielle auprès des clients, aucune entreprise n'est disposée à abandonner unilatéralement ces pratiques courantes de crainte de perdre des clients. Pour cette raison, les entreprises soutiennent qu'il faut agir de façon concertée, peut-être au moyen d'une association d'intérêts établie par leur association professionnelle. Les trois membres les plus importants de l'association sectorielle conviennent de s'allier pour mieux servir leurs intérêts communs à long terme, en particulier pour mieux harmoniser leurs stratégies commerciales. Dans le cadre de cette alliance, les parties s'entendent sur les rabais et les modalités de crédit. Deux entreprises plus petites, qui se livrent à l'importation, ne font pas partie de l'alliance. Toutefois, ni l'une ni l'autre n'est considérée comme une rivale importante par les parties à l'alliance.

Analyse

C'est l'effet probable qui déterminera si les propositions envisagées par les entreprises amèneront le directeur à commencer une enquête, autrement dit, une enquête sera ouverte s'il est probable que l'alliance empêche ou réduise indûment la concurrence. Comme nous l'avons déjà signalé, le « caractère indu » est essentiellement déterminé par l'évaluation de la puissance commerciale des parties à l'accord auquel s'ajouterait un comportement préjudiciable. Dans le scénario présenté, l'association d'intérêts est proposée par les membres ayant la plus grande taille et le plus de poids dans le secteur. Les entreprises exclues de l'alliance sont peu nombreuses et ne sont pas considérées comme des concurrentes opposant aux parties une rivalité suffisante pour les empêcher d'harmoniser leurs stratégies de commercialisation. De plus, s'il s'avère difficile pour de nouvelles entreprises d'entrer rapidement dans ce secteur d'activité avec profit, il est donc peu probable que de telles entreprises nuisent à la mise en application de l'accord.

Les alliances stratégiques peuvent prendre des formes presque innombrables. Des alliances stratégiques sont conclues dans la plupart des branches d'activité, sinon toutes, par des entreprises de toutes tailles et de toutes sortes. Les motifs d'une alliance sont très variés : recherche, efficacité, acquisition de connaissances, accès au marché et visées anticoncurrentielles. Enfin, les alliances stratégiques peuvent supposer la mise en place de diverses structures par les entreprises.

Pour aider les gens d'affaires à déterminer si une alliance stratégique donnée est compatible avec la Loi, nous présentons ci-dessous neuf scénarios portant respectivement sur un complot, un échange d'information, la coopération en vue du respect de la réglementation, la coopération de l'environnement, un consortium d'exportation, un accord de spécialisation, un fusionnement, une alliance internationale, un abus de position dominante et une alliance à l'échelle d'une industrie. Les scénarios présentés étant assez sommaires, ils ne fournissent forcément pas un exposé exhaustif des faits, ni une analyse approfondie des questions soulevées.

Ils ont uniquement pour objet de décrire la méthode d'analyse susceptible d'être adoptée dans chaque scénario. Les principes et les questions traités dans ces scénarios sont généralement applicables à toutes les industries et aux nombreuses formes que peuvent prendre les alliances stratégiques, mais les parties peuvent, si elles le souhaitent, consulter le Bureau pour obtenir des conseils plus précis concernant une alliance particulière.

Scénarios d'alliances stratégiques

(i) Complot

Tous les membres d'un même niveau d'une industrie souhaitent agir de façon concertée pour remédier à deux grands problèmes : les rabais sont devenus trop importants et les modalités de crédit, trop souples (échec de paiement trop long). Comme chacun

Partie 5 Conclusion

Comme le révèle l'exposé qui précède, il y a peu de cas où la situation est parfaitement nette lorsqu'il est question de l'applicabilité de la Loi à des alliances stratégiques qui ont pour effet de maintenir, de créer ou d'accroître une puissance commerciale. Par conséquent, les parties qui estiment que leur alliance est susceptible d'avoir cet effet peuvent, si elles le souhaitent, obtenir un avis consultatif.

Lorsqu'il est question d'alliances stratégiques, il est important d'accorder une attention toute particulière à leurs effets réels et probables sur la concurrence. Ceci met en relief le fait que la plupart des alliances stratégiques ne présentent aucune difficulté du point de vue de la Loi, non pas parce que la Loi ne s'applique pas à ces nouvelles formes de coopération entre des entreprises, mais plutôt parce qu'il est généralement peu probable que les alliances stratégiques aient pour objectif ou pour effet le maintien, la création ou l'accroissement d'une puissance commerciale. Par ailleurs, la Loi contient les dispositions voulues pour un traitement équitable des problèmes de concurrence qui peuvent surgir à l'occasion.

donner lieu soit à une poursuite engagée par le procureur général en application des dispositions criminelles de la Loi, soit à une demande d'ordonnance présentée au Tribunal de la concurrence en vertu des dispositions civiles de la Loi.

Des certificats de décision préalable peuvent aussi être remis aux parties à un fusionnement proposé qui souhaitent avoir l'assurance que ce fusionnement ne donnera pas lieu à une poursuite en vertu des dispositions sur les fusionnements de la Loi.

Partie 4 Programme d'éducation du public et conformité à la Loi

dans le cadre du Programme d'avis consultatifs. Le programme général de communication et d'information du directeur est complété par des avis consultatifs et un service de renseignements visant à faciliter la conformité à la Loi dans des circonstances données.

4.2 Avis consultatifs

Le directeur facilite la conformité à la Loi en offrant des avis consultatifs aux entreprises qui veulent éviter d'entreindre la Loi. Dans le cadre de ce Programme, les dirigeants d'entreprises, les conseillers juridiques et d'autres personnes peuvent demander si un plan d'affaires ou une pratique commerciale proposée sont conformes à la Loi. Les avis tiennent compte de la jurisprudence, des avis antérieurs et des politiques énoncées par le directeur, notamment dans les Lignes directrices pour l'application de la Loi qui ont été publiées. Dans le cadre de ce Programme, le directeur fournit des avis consultatifs en fonction d'un ensemble précis de faits présentés par les parties. Donc, la confiance que procurera l'avis donné par le directeur concernant une alliance proposée sera directement tributaire de l'information fournie par les parties sur les effets probables de l'alliance sur la concurrence.

Dans un avis, le directeur ne dicte pas le comportement des parties et ne se prononce pas sur la légalité de l'alliance proposée; il y indique plutôt si, dans le cas d'une alliance particulière proposée, il existe des motifs d'entreprendre une enquête en vertu de la Loi. Les parties sont libres d'agir comme elles le veulent sans égard à l'avis défavorable du directeur, en sachant que leur comportement peut, à la suite d'une enquête,

Le directeur vise à encourager la conformité à la Loi. Il existe divers moyens d'assurer cette conformité, mais le meilleur consiste à faire en sorte que les gens d'affaires comprennent bien les dispositions de la Loi. Le directeur, qui insiste beaucoup sur la communication et sur l'information comme moyens de mieux faire comprendre la Loi et sa mise en application, a adopté l'approche de la porte ouverte et de la prévention dans ses rapports avec les gens d'affaires. Comme plusieurs dispositions de la Loi peuvent s'appliquer aux alliances stratégiques, les parties peuvent s'adresser au Bureau et se prévaloir du Programme d'avis consultatifs, lorsqu'elles ne sont pas certaines de l'applicabilité de ces dispositions.

4.1 Programme de communication et d'information

Le directeur et des membres du personnel du Bureau prononcent des allocutions sur divers sujets ayant rapport à la concurrence. Des membres du Bureau donnent souvent, à des entreprises et à des associations, des ateliers portant sur des sujets présentant un intérêt particulier pour elles, notamment sur la détection et la prévention du truquage des offres dans le cadre d'appels de soumission, sur les exigences du préavis et le processus d'examen dans le cadre de fusions et d'envergure et sur la préparation de matériel publicitaire qui est conforme aux dispositions en matière de publicité trompeuse de la Loi. Il a aussi été question de l'application de la Loi aux entreprises à risques partagés, aux accords de spécialisation et à d'autres arrangements stratégiques envisagés pour faire face aux exigences qu'entraîne l'adaptation structurelle de l'activité économique. Ces ateliers, de nature générale, mènent souvent à des consultations plus poussées et plus précises

Enfin, il faut que la pratique en cause ait eu ait vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché. La possibilité que la pratique ait cet effet peut être évaluée en examinant le niveau de concurrence sur le marché pertinent en présence des agissements anticoncurrentiels et son niveau de concurrence probable en leur absence²⁷. En déterminant si une pratique est susceptible d'empêcher ou de réduire sensiblement la concurrence, le Tribunal peut considérer si la pratique est le résultat d'un «rendement concurrentiel supérieur» tel qu'il est décrit au paragraphe 79(4).

D'abord, les parties doivent contrôler col-lectivement une catégorie ou espèce d'entreprises. La Loi, en cette matière, énonce que le contrôle de la catégorie ou de l'espèce d'entreprises doit être sensible ou complet et être exercé par «une ou plusieurs personnes». Elle vise donc les situations où un groupement de sociétés exercerait, au moyen, peut-être, d'une alliance stratégique un contrôle sensible ou complet de la catégorie ou espèce d'entreprises. Le Tribunal de la concurrence a adopté, dans son interprétation du mot «contrôle», le critère économique de la puissance commerciale²⁴. La définition de «catégorie ou espèce d'entreprises» suppose donc celle des produits et des marchés géographiques pertinents. Parce que le contrôle implique l'exercice d'une puissance commerciale, le facteur de la part du marché, pris isolément, ne peut être déterminant; d'autres facteurs, notamment celui des conditions d'entrée, se révèlent également importants.

La seule existence d'une position dominante, cependant, ne suffit pas. Il faut également que les parties à l'alliance stratégique se livrent à une pratique d'agissements anticoncurrentiels. On peut trouver à l'article 78 une liste non limitative d'agissements anticoncurrentiels. Dans les décisions qu'il a rendues jusqu'à présent, le Tribunal de la concurrence a défini de façon large ce qui constitue une pratique d'agissements anticoncurrentiels, et a permis l'examen de tout acte qui avait pour effet intentionnel d'«éviter, d'exclure ou de mettre au pas un concurrent»²⁵. Bien que l'objet anticoncurrentiel constitue un élément essentiel de cet examen, le Tribunal de la concurrence accepte que la preuve relative à l'effet probable de l'acte lui-même puisse être utilisée pour établir cet objet²⁶.

²⁴ Canada (*Directeur des enquêtes et recherches*) c. *NutraSweet Company* (1991), 32 C.P.R. (3d) 1 à la p. 28 (T.C.).

²⁵ *Ibid.* à la p. 34.

²⁶ *Ibid.* aux p. 35 et 36.

²⁷ *Ibid.* à la p. 33.

la concurrence fondée sur les dispositions relatives aux fusions, les conditions suivantes, énoncées à l'article 95, doivent être réunies :

- l'entreprise à risques partagés ne peut être formée par l'intermédiaire d'une personne morale;
 - l'entreprise à risques partagés doit être formée dans le but d'entreprendre un projet spécifique ou un programme de recherche et développement, et il doit pouvoir être démontré que ce projet ou programme n'aurait vraisemblablement pas lieu en dehors de ce cadre;
 - aucun changement dans le contrôle d'une des parties à l'association d'intérêts n'a résulté ou ne résulterait de l'entreprise à risques partagés;
 - l'accord est écrit, il impose au moins, à l'une des parties, l'obligation de contribuer des éléments d'actifs et il régit une relation continue entre les parties;
 - l'accord limite l'éventail des activités pouvant être exercées et prévoit sa propre échéance au terme du projet ou du programme;
 - l'association d'intérêts n'a pas, sauf dans la mesure raisonnablement nécessaire pour que le projet ou programme soit entrepris et complété, l'effet d'empêcher ou de diminuer la concurrence ou n'aura pas vraisemblablement cet effet.
- Puisque l'article 95 ne vise que les accords portant sur un projet spécifique ou un programme de recherche et de développement et qu'il ne s'étend donc pas aux ententes de collaboration plus larges souvent envisagées dans le cadre des alliances stratégiques, l'application de cette disposition aux alliances stratégiques risque d'être quelque peu limitée.

3.2.6 Dispositions relatives à l'abus de position dominante

Les alliances stratégiques peuvent également faire l'objet d'un examen fondé sur les dispositions relatives à l'abus de position dominante. Plusieurs conditions doivent être réunies pour qu'il y ait abus de position

Lorsque les alliances stratégiques sont examinées comme des fusions, elles sont révisées suivant le cadre analytique décrit dans *Fusions*, *Lignes directrices pour l'application de la Loi*. Le critère juridique applicable est si le fusionnement empêche ou diminue sensiblement la concurrence ou peut vraisemblablement le faire. La Loi, par son libellé, reconnaît expressément que les fusionnements constituent un moyen légitime que les entreprises peuvent employer pour prendre de l'expansion ou consolider leur position. C'est pourquoi, dans l'analyse de tout fusionnement, la définition des marchés s'énonce dans une perspective économique mettant l'accent sur le jeu de l'offre et de la demande.

Un fusionnement ne pourrait être contesté pour les seuls motifs de la part du marché ou de la concentration. La Loi exige aussi un examen des facteurs suivants : la concurrence internationale, l'existence de produits de substitution, la précarité de la situation financière d'une partie, les entraves à l'accès à un marché, la mesure dans laquelle subsiste une concurrence réelle, la possibilité que le fusionnement fasse disparaître un concurrent dynamique, les changements et les innovations et tout autre facteur pertinent. Enfin, même si le directeur conteste un fusionnement au sujet duquel le Tribunal de la concurrence conclut qu'il donnera vraisemblablement lieu à un empêchement ou à une diminution sensible de la concurrence, le Tribunal peut permettre la réalisation du fusionnement s'il juge qu'il peut vraisemblablement entraîner des gains en efficience qui surpasseront et compenseront les effets de la diminution de la concurrence et que ces gains ne seraient pas réalisés si une ordonnance était rendue.

3.2.5 Dispositions relatives aux entreprises à risques partagés

Les alliances stratégiques visées par les dispositions relatives aux entreprises à risques partagés peuvent être soustraites à l'application des dispositions relatives aux fusionnements. Pour qu'une entreprise à risques partagés ne fasse pas l'objet d'une ordonnance du Tribunal de

de tout empêchement ou de toute diminution de la concurrence susceptibles de résulter de l'accord. Il doit être établi, en outre, que ces gains en efficience ne seraient pas possibles si l'accord de spécialisation n'était pas mis en œuvre.

Par conséquent, c'est seulement lorsque des entreprises décident, moyennant la prise d'une décision similaire par une autre entreprise, de cesser de produire un article particulier ou de fournir un service particulier, que les dispositions sur les accords de spécialisation s'appliquent. Plusieurs alliances stratégiques ont une portée beaucoup plus grande que le simple échange de production existante, et prévoient une collaboration visant un éventail plus large d'activités existantes ou futures. Dans de tels cas, comme dans le cas où les parties ne veulent pas soumettre leur accord à l'examen du Tribunal, l'exemption des dispositions relatives aux complots accordée aux accords de spécialisation ne pourra être invoquée.

3.2.4 Dispositions relatives aux fusions²³

Il est également possible que les alliances stratégiques donnent lieu à l'examen prévu par les dispositions à caractère civil de la Loi visant les fusions²⁴ étant donné qu'elles comportent fréquemment des prises de participation et que la définition de fusionnement énoncée dans la Loi est large. Aux termes de l'article 91 de la Loi, un fusionnement est l'acquisition du contrôle sur la totalité ou sur quelque partie d'une entreprise ou

²³ Quand une alliance est visée par les dispositions sur les fusions, elle peut être soumise aux dispositions sur les avis à la Loi. Ces dispositions exigent que les personnes qui se proposent de procéder à des acquisitions, à des fusions ou à des associations d'intérêts d'envergure soient tenues de donner avis de leur intention et de fournir certains renseignements au directeur avant de conclure la transaction. En outre, les personnes qui préparent un fusionnement et qui veulent s'assurer que celui-ci ne sera pas contesté par le directeur peuvent demander le certificat de décision préalable prévu à l'article 102 de la Loi. La délivrance de ce certificat exempte également les parties de l'obligation de fournir le préavis prévu dans la Loi. Les personnes qui désirent obtenir plus de renseignements sont priées de consulter le document du directeur des enquêtes et recherches intitulé *Fusions*, Lignes directrices pour l'application de la Loi, précité, note 6.

d'un intérêt relativement important dans la totalité ou dans quelque partie de l'entreprise. Concernant le contrôle d'entreprises, on entend le contrôle *de jure*, et cela implique donc la détention directe ou indirecte de plus de 50 % des actions comportant droit de vote de l'entreprise. Par ailleurs, le directeur a adopté la position voulant qu'un « intérêt relativement important » soit détenu lorsqu'une ou plusieurs personnes acquièrent directement ou indirectement la capacité d'influencer concrètement sur le comportement économique de l'entreprise ou d'une partie de celle-ci. Ainsi, lorsqu'il est établi que les décisions prises par une entreprise en matière d'établissement des prix, d'achat, de distribution, de commercialisation ou d'investissement sont concrètement influencées par une autre entreprise, il peut être présumé que cette dernière a acquis ou établi un intérêt relativement important.

Étant donné la diversité considérable des structures de propriété et des arrangements qui peuvent être mis en œuvre avant et après la réalisation des fusionnements, la question de savoir s'il existe un « intérêt relativement important » ne peut se résoudre que par un examen des faits particuliers de chaque alliance. Pour rendre les avis consultatifs en ce domaine, on examine les effets collectifs d'un certain nombre de facteurs, dont les capitaux propres, la possibilité de siéger au conseil d'administration, les accords entre actionnaires, les contrats de gestion et autres arrangements contractuels, le rôle des parties, que celles-ci assurent le financement ou l'approvisionnement ou soient en concurrence, l'accès à des renseignements commerciaux de nature délicate, l'étendue de la collaboration, le rôle consultatif à jouer ou tout autre type de participation aux opérations quotidiennes, les accords d'approvisionnement à long terme, l'acquisition d'actifs et les baux, sous-baux ou droits d'achat d'actifs. En fin de compte, lorsque l'alliance stratégique a pour effet de donner à une partie la capacité d'influencer concrètement les décisions de nature économique d'une autre partie, elle répond vraisemblablement à la définition d'un fusionnement.

exemption à l'accusation de complot²¹. Les dispositions applicables prévoient que le Tribunal de la concurrence peut effectuer, à l'égard des accords de spécialisation, un examen de nature civile. Pour qu'une alliance stratégique soit examinée sous l'angle de la disposition relative aux accords de spécialisation, elle doit remplir certaines conditions. L'article 85 de la Loi définit ainsi l'accord de spécialisation :

«Accord en vertu duquel chacune des parties s'engage à abandonner la production d'un article ou d'un service qu'elle fabrique ou produit au moment de la conclusion de l'accord à la condition que chacune des autres parties à l'accord s'engage à abandonner la production d'un article ou produit au moment de la conclusion de l'accord et s'entend également d'un semblable accord aux termes duquel les parties conviennent en outre d'acheter exclusivement des autres parties les articles et les services qui font l'objet de l'accord²².»

Les accords de spécialisation visent à fournir aux entreprises des moyens de réaliser des gains en efficacité qu'elles ne pourraient autrement atteindre que par des formes de collaboration comportant une certaine atteinte à la concurrence. Le libellé de l'article indique que ces accords ne visent que la production en cours à la date de l'accord et qu'ils ne s'appliquent pas, par conséquent, à des produits anticipés ou à des produits futurs.

Pour échapper à l'application des dispositions de la Loi relatives aux complots, les accords de spécialisation doivent être inscrits auprès du Tribunal de la concurrence. Avant d'autoriser l'inscription d'un accord, le Tribunal examine l'alliance afin de déterminer si sa mise en œuvre entraînera vraisemblablement des gains en efficacité qui surpasseront et neutraliseront les effets

Comme les moyens de défense dont il a déjà été question, celui-ci n'est pas non plus absolu, et il peut donc devenir inapplicable dans certaines circonstances. Premièrement, le moyen de défense s'applique aux accords qui se rattachent exclusivement à l'exportation de produits du Canada. Ces accords qui ont un impact négatif dans le marché canadien devraient alors être soumis à l'examen du directeur en vertu des dispositions générales sur les complots afin de déterminer surtout si les parties à l'accord avaient l'intention d'empêcher ou de réduire indûment la concurrence au Canada²⁰. Deuxièmement, si l'alliance est susceptible de réduire ou de limiter la valeur réelle du produit exporté, le moyen de défense ne peut être invoqué. Il ne peut l'être non plus lorsque l'alliance restreint les possibilités d'une autre entreprise d'entrer dans le commerce d'exportation ou de développer un tel commerce. Finalement, le moyen de défense est inapplicable si l'alliance empêche ou réduit indûment la concurrence dans la fourniture de services visant à promouvoir l'exportation de produits du Canada.

3.2.3 Dispositions relatives aux accords de spécialisation

Comme il en a été question ci-dessus, il est prévu dans la Loi que les accords de spécialisation conclus par des entreprises concurrentes peuvent constituer une

²⁰ En faisant une telle analyse, le Bureau considérerait la portée de la concurrence étrangère en vue de définir l'étendue du marché géographique pertinent qui pourraient s'étendre bien au-delà du Canada.

²¹ Aux termes de la Loi, les accords de spécialisation peuvent également être exemptés de l'application des dispositions relatives à l'exclusivité.

²² Loi sur la concurrence, précitée, note 1.

Il appert clairement de l'analyse du caractère indu

sance commerciale, l'échange d'information entre des parties à une alliance stratégique ne donnera pas lieu à l'application de l'article 45. De plus, lorsque l'échange n'aura vraisemblablement pas d'effets négatifs sur la rivalité ou lorsque il porte sur des activités qui n'ont pas de portée concurrentielle, il est peu probable qu'il constitue un comportement préjudiciable à la concurrence. Ce n'est donc que dans les cas où les parties s'échangeant des renseignements possèdent collective-ment une puissance commerciale et où le type d'échange effectué peut nuire de façon sérieuse ou importante à la concurrence que l'article 45 s'applique.

Le risque de la tenue d'une enquête formelle en vertu de l'article 45 diminue aussi lorsque les entreprises parties à une alliance conçoivent l'échange d'information entre elles de façon à préserver la capacité individuelle des parties d'arrêter « en toute indépendance » la stratégie à appliquer sur le marché, hors des cadres de l'alliance. Il est également recommandé de ne pas non plus se servir de l'échange d'information « pour envoyer des messages » aux entreprises rivales étrangères à l'alliance concernant les actions que les parties à l'alliance désirent leur voir prendre ou concernant les actions qu'une des parties désire que les autres parties prennent dans un secteur non visé par l'alliance.

Plusieurs facteurs peuvent accroître le risque qu'un échange d'information entraîne la tenue d'une enquête. Premièrement, plus la puissance commerciale détenue collectivement par les parties à l'échange est considérable plus un échange de renseignements concernant un aspect important de la rivalité risque de nuire à la concurrence. Deuxièmement, lorsque de l'information de nature particulièrement délicate au plan de la rivalité est partagée, l'échange risque davantage d'être perçu comme un comportement préjudiciable à la concurrence. À cet égard, l'échange de renseignements portant sur des prix actuels ou futurs, des coûts, des modalités commerciales ou des stratégies de commercialisation

augmentée de façon significative le risque que le directeur commence une enquête¹⁸. Les échanges directs de renseignements commerciaux de nature délicate entre concurrents font courir plus de risques que ceux qui ont lieu par l'intermédiaire d'un tiers indépendant qui devient des renseignements confidentiels, bien qu'il faille quand même prendre des précautions lorsque ce tiers ou d'autres tiers participent à l'échange, surtout lorsqu'il s'agit d'associations commerciales ou professionnelles¹⁹. La prudence est également de mise lorsqu'il s'agit de s'échanger les analyses réalisées ou les conclusions tirées à la suite d'un premier échange d'information, afin de protéger la capacité d'agir en toute indépendance hors des cadres de l'alliance. De la même façon, l'échange de données désagrégées permettant de découvrir les projets d'une entreprise comporte plus de risques que l'échange de données agrégées. Troisièmement, tout indice d'une intention anticoncurrentielle augmente la possibilité qu'une enquête soit ouverte. Peut faire conclure à l'existence d'une intention anticoncurrentielle la preuve qu'une ou plusieurs des parties à l'alliance ont eu recours à la coercition pour inciter une autre partie à accomplir un acte anticoncurrentiel particulier.

3.2.2 Dispositions relatives aux consortiums d'exportation

La disposition énonçant l'objet de la Loi et la disposition prévoyant le moyen de défense fondé sur l'exportation reconnaissent toutes deux l'importance des exportations pour l'économie canadienne. Le paragraphe 45(5) de la Loi prévoit un moyen de défense à une accusation de complot dans les cas où l'accord se rattache exclusivement à l'exportation de produits du Canada.

¹⁸ L'échange de tels renseignements, surtout sur les prix actuels ou à venir, peut aussi soulever des questions en vertu d'autres dispositions de la Loi, incluant le ruiage des offres et le maintien des prix qui n'impliquent aucun test de puissance commerciale.

¹⁹ Plusieurs poursuites en vertu des dispositions sur les complots impliquent des associations commerciales. Dans *R. c. Armo* (1974), précitée note 9, par exemple, une condamnation pour complot a été prononcée dans une affaire où des échanges de renseignements et d'autres activités avaient eu lieu par l'intermédiaire d'une association industrielle.

sont plus efficaces lorsque l'information circule relativement librement entre les participants d'un marché. On sait, cependant, que l'échange d'information entre des concurrents détendant collectivement une puissance commerciale peut nuire gravement à la concurrence, selon la nature de l'échange et le moment où il a lieu. Dans les marchés caractérisés par un haut niveau de concentration, par l'existence d'entraves à l'entrée et par une relative stabilité, l'échange de renseignements de nature délicate peut réduire l'incertitude au sujet de la réaction que les rivaux pourront opposer au plan de la concurrence et, ainsi, atténuer encore plus la rivalité. Lorsque les produits concernés sont relativement homogènes et que la concurrence se fait sur un nombre limité de variables, le risque que ces échanges nuisent gravement à la concurrence s'élève encore. Compte tenu de cette réalité et de l'application possible de l'article 45, les parties à une alliance stratégique se traduisant par l'acquisition de puissance commerciale doivent demeurer conscientes des risques associés à l'échange d'information, qu'il s'agisse d'un échange direct, réalisé dans le cadre de l'alliance ou d'un échange indirect, effectué par l'intermédiaire d'une association industrielle ou professionnelle ou d'autres tiers.

Pour que le directeur ouvre une enquête en vertu de l'article 45, l'échange d'information entre concurrents doit présenter tous les éléments énumérés dans les dispositions relatives aux complots mentionnées ci-dessus. Il est donc nécessaire d'établir que l'échange lui-même constitue un « accord » entre les parties ou qu'il fait partie d'un accord plus large qui contrevient à l'article 45. Il faut aussi que l'échange d'information empêche ou réduise indûment la concurrence ou soit susceptible d'avoir cet effet. Finalement, il faut prouver les éléments constitutifs de l'intention. Suivant la nature des renseignements devant faire l'objet de l'échange, il pourra être possible d'invoquer l'un des moyens de défense prévus à l'article 45, à la condition qu'aucune des exceptions ne soit applicable.

Jusqu'à maintenant, les tribunaux n'ont pas entendu d'affaire de complot dans lesquelles les moyens de défense et les exceptions visés aux paragraphes 45(3) et 45(4), respectivement, ont été invoqués. Les affaires fondées sur l'article 45 dont les tribunaux ont été saisis ont généralement porté sur des accords de fixation des prix ou de partage de marché. De plus, le Bureau a reçu très peu de demandes d'avis consultatifs sur des sujets touchant ces moyens de défense. Il n'en reste pas moins que la portée des exceptions est relativement étendue. Il en découle que si les parties désirent se prévaloir d'un moyen de défense prévu au paragraphe 45(3) à l'égard d'une alliance stratégique qui entraîne l'acquisition de puissance commerciale, il serait prudent qu'elles s'en tiennent strictement aux éléments constitutifs de ce moyen de défense pour éviter de toucher à l'une des exceptions énumérées au paragraphe 45(4). Par exemple, les entreprises possédant une puissance commerciale qui concluent un accord concernant l'emballage de produits ne devraient pas étendre la portée de l'accord aux modalités de commercialisation ou de promotion, et particulièrement, au prix du produit. Il est important de noter toutefois que même si une partie a perdu le moyen de défense possible en vertu du paragraphe 45(3), il incombera toujours à la Couronne de démontrer lors d'une poursuite en vertu du paragraphe 45(1) que l'accord empêche ou réduit indûment la concurrence.

3.2.1.2 Échange d'information

Les alliances stratégiques donnent souvent lieu à des échanges considérables de renseignements entre les parties. Ces échanges se limitent généralement à ce qui est prévu par l'alliance et ils n'excèdent pas les cadres de celle-ci. En effet, il n'est normalement pas dans l'intérêt d'une partie à l'alliance de s'exposer à perdre un avantage concurrentiel qu'elle peut posséder sur les autres parties lorsque leurs entreprises sont en concurrence. Toutefois, l'échange d'information, entre parties ou avec des tiers, peut parfois dépasser le cadre de l'accord.

L'échange d'information ne posera pas nécessairement de problèmes de concurrence en vertu des dispositions sur les complots. En fait, les marchés concurrentiels

Comme il en a été question dans les paragraphes précédents, seuls les éléments des alliances stratégiques qui restreignent sérieusement la concurrence seraient visés par les dispositions relatives aux complot. Cela signifie que de nombreux aspects bénéfiques de ces alliances peuvent être compatibles avec la Loi. Des accords entre concurrents relativement à l'échange d'innovations techniques ou à l'octroi réciproque de licences, par exemple, peuvent ne pas avoir d'effets préjudiciables graves sur la concurrence, mais si, à la faveur de ces accords, les parties commencent à se partager des marchés ou se mettent d'accord sur des prix, il peut alors y avoir contravention aux dispositions en matière de complot. Si le Bureau estime que les éléments bénéfiques d'un arrangement coopératif ne sont pas liés à un complot plus large, il ne contestera pas leur légitimité.

En établissant le critère du caractère indu, la Cour suprême a indiqué clairement qu'il ne porte que sur les effets de l'accord en matière de concurrence, et non sur les gains en efficacité que l'accord permet de réaliser : « Les facteurs tels les avantages personnels tirés par les parties à l'accord ou les gains d'efficacité avantageux pour le public n'entrent . . . pas en jeu dans l'examen fondé sur l'alinéa 32(1)(c) [maintenant 45(1)(c)]. La Loi présume qu'il y va de l'intérêt public de préserver la concurrence¹⁷. Les parties doivent donc prendre conscience, lorsqu'elles étudient la possibilité de conclure ou non des alliances stratégiques, que si un accord empêche ou diminue indûment la concurrence, les gains en efficacité ne peuvent être invoqués en défense à une accusation fondée sur l'article 45.

3.2.1.1 Moyens de défense et exceptions

Les accords conclus par des entreprises concurrentes ne contreviennent pas tous aux dispositions de la Loi relatives aux complots. En effet, la Loi contient douze moyens de défense à l'accusation de complot. Ceux dont il est question ci-dessous sont plus susceptibles d'être employés à l'égard des alliances stratégiques : l'échange de données statistiques; la définition de normes

de produits; la taille ou la forme des emballages; la collaboration en matière de recherche et développement; la restriction de la réclame ou de la promotion; ou des mesures visant à protéger l'environnement. Des moyens de défense particuliers portent également sur les complot d'exportation et sur les accords de spéculation; il en sera traité de façon distincte plus loin dans le texte.

Il importe de signaler que ces moyens de défense ne sont pas absolus; la Loi énonce clairement qu'on ne peut sous le couvert d'activités reliées à ces moyens accomplir des actes interdits par les dispositions de fond relatives aux complots. Par conséquent, si l'alliance stratégique est susceptible d'entraîner une réduction ou un empêchement indu de la concurrence en ce qui concerne les prix, la quantité ou la qualité de la production, les marchés, les clients ou les voies ou méthodes de distribution, ou si l'alliance restreint les possibilités pour une personne d'entrer sur un marché ou d'accroître une entreprise, les moyens de défense ne peuvent être invoqués.

Le directeur est d'avis que pour qu'un moyen de défense devienne inapplicable, il n'est pas nécessaire que l'accord vise expressément un de ces domaines; il suffit que l'alliance soit susceptible de réduire ou d'empêcher indûment la concurrence par rapport à l'une de ces dimensions de la concurrence. Par conséquent, une alliance stratégique axée principalement sur la recherche et le développement, mais susceptible d'avoir un effet indu sur les prix par exemple, suite à un accord auxiliaire visant la commercialisation et la distribution conjointes des biens ou des services nouvellement produits, peut entraîner la tenue d'une enquête par le directeur en application des dispositions relatives aux complots. Cependant, le directeur ne mettra pas en doute la légitimité des aspects bénéfiques d'une alliance stratégique s'il considère qu'ils ne font pas partie d'un complot plus vaste.

comme des comportements préjudiciables. De la même façon, dans les cas où la qualité de produits, le service, l'activité publicitaire ou l'innovation représentent des facteurs concurrentiels d'une importance telle qu'un accord à leur sujet est susceptible de porter sensiblement atteinte à la concurrence entre les parties, le directeur peut estimer qu'il y a matière à enquête lorsque les parties possèdent une puissance commerciale.

La Cour suprême a statué que c'est la combinaison d'une puissance commerciale et d'un comportement préjudiciable qui donne un caractère indu à la réduction de la concurrence. La Cour, en soulignant que plusieurs combinaisons étaient possibles, a indiqué qu'«un comportement particulièrement préjudiciable peut... engager la responsabilité, même si la puissance commerciale n'est pas si considérable»¹⁶. Le directeur estime que l'inverse est également vrai, et qu'un comportement moins préjudiciable peut quand même entraîner l'ouverture d'une enquête en application de la Loi lorsque la puissance commerciale est considérable.

Pour appliquer le critère décrit ci-dessus aux alliances stratégiques, il faut répondre aux questions suivantes. Premièrement, y a-t-il eu conclusion d'un accord entre les parties? Deuxièmement, l'alliance a-t-elle ou aura-t-elle vraisemblablement pour effet de réduire ou d'empêcher indûment la concurrence? Troisièmement, les éléments nécessaires à l'existence d'une intention sont-ils présents? Afin d'évaluer le caractère indu suivant le cadre d'analyse décrit par la Cour suprême, le Bureau devra : (i) définir le produit et les marchés géographiques touchés par l'alliance stratégique, (ii) déterminer si les parties à l'alliance disposent d'une puissance commerciale dans les marchés ainsi définis ou si elles sont susceptibles d'acquérir une telle puissance par suite de l'alliance, (iii) déterminer le comportement partiel culier que l'alliance stratégique restreint ou prescrit et (iv) déterminer si l'effet combiné de la puissance commerciale et du préjudice porté à la concurrence par l'alliance est sérieux ou important.

¹⁶ *Ibid.*, à la p. 657.

avaient l'intention de réduire indûment la concurrence ce qui peut être fait en établissant qu'un homme ou une femme d'affaires raisonnable, censé bien connaître l'entreprise dans laquelle il s'engage, aurait su ou aurait du savoir que l'accord aurait vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer indûment la concurrence¹¹. La Cour suprême du Canada a indiqué que l'accord avait vraisemblablement un tel effet, la Couronne pouvait établir que c'était le cas¹².

La Cour suprême du Canada a donné beaucoup d'éclaircissements sur la signification du mot «indûment»¹³. En plus d'indiquer que l'effet indu est un effet sérieux ou important, la Cour a décrit une approche à deux étapes qui peut être utilisée pour déterminer le caractère indu. Après avoir déterminé le produit et le marché géographique visés par les activités commerciales des parties, la première étape consiste à établir si les parties à l'accord possèdent une puissance commerciale ou pourront vraisemblablement en obtenir une par suite de l'accord. En conformité avec d'autres dispositions de la Loi, la Cour suprême a affirmé clairement que le fait de détenir une part du marché ne suffit pas en soi à démontrer la puissance commerciale. Il existe d'autres facteurs importants, en particulier, la facilité d'entrer sur un marché¹⁴. La Cour suprême a indiqué que l'existence d'un niveau modéré de puissance commerciale peut être suffisant pour conclure au caractère indu¹⁵.

Lors de la deuxième étape, la Cour évaluera le comportement des parties afin de déterminer si des comportements sont susceptibles de porter atteinte à la concurrence ou si cela pourrait vraisemblablement se produire. La fixation des prix, la limitation de la production ou le partage du marché ont presque toujours des incidences importantes sur la concurrence; par conséquent, le directeur considérera de telles actions

¹¹ *R.C. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, à la p. 611; 139 N.R. 43 C.P.R. (3d) 1; 10 C.R.R. 34 [citations extraites du R.C.S.].

¹² *Ibid.*, à la p. 660.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*, à la p. 653.

¹⁵ *Ibid.*, à la p. 654.

éléments, on peut obtenir du Bureau des renseignements plus détaillés concernant les principes de mise en application suivis à l'égard de dispositions particulières.

3.2.1 Dispositions relatives aux complots

Des alliances stratégiques entre les concurrents comportent des accords que le directeur peut, dans certaines circonstances, examiner en vertu des dispositions criminelles de la Loi relatives aux complots. Le fardeau de la preuve qui pèse sur la Couronne est le fardeau pénal de la preuve « hors de tout doute raisonnable ». Les sanctions sévères infligées sur déclaration de culpabilité, où les amendes peuvent atteindre dix millions de dollars avec une peine d'emprisonnement de personnes physiques pouvant aller jusqu'à cinq ans, dénotent la gravité de l'infraction.

L'article 45 de la Loi, en substance, interdit aux parties la conclusion d'un accord qui a notamment pour effet d'empêcher ou de réduire indûment la concurrence ou qui peut vraisemblablement avoir cet effet. Il faut établir l'existence de plusieurs éléments pour prouver l'infraction. La Couronne doit d'abord prouver l'existence de l'accord, au moyen de preuves directes ou indirectes. La Loi permet de conclure à l'existence d'une entente à partir de preuves circonstancielles et, dans certains cas, les tribunaux ont inféré l'existence d'un accord du fait qu'il y avait eu échange d'information⁹. Ensuite, l'accord doit en être un dont l'effet vraisemblable est d'empêcher ou de réduire indûment la concurrence¹⁰. La Couronne doit, finalement, établir la mens rea ou « l'intention coupable ». Elle doit, pour cela, prouver que les parties qui avaient l'intention de participer à l'entente, étaient au courant de ses conditions et avaient l'intention de mettre l'accord en exécution. Il est aussi nécessaire de démontrer que les parties

sur des faits similaires ou substantiellement similaires, qu'en application d'un seul article. Le choix de la disposition la plus pertinente détermine implicitement le cadre analytique applicable — par exemple, le critère de l'empêchement ou de la réduction indue de la concurrence, qui sert dans les enquêtes criminelles en matière de complot, ne comporte pas d'analyse de l'efficacité, et le critère de l'empêchement ou de la diminution sensible de la concurrence, qu'on applique-rait dans une enquête civile en matière de fusionnement, donne lieu à l'analyse des gains en efficacité.

De façon générale, le Bureau examine les alliances comportant l'acquisition future d'un contrôle⁷ comme s'il s'agissait de fusionnements, à moins qu'il n'y ait lieu de croire que cette acquisition de contrôle soit un complot déguisé⁸. Lorsqu'il est établi qu'une alliance stratégique ou des pourparlers engagés en vue de la conclusion d'une telle alliance donnent lieu à un accord contraire aux dispositions relatives aux complots, le directeur commencera une enquête criminelle. Parmi les facteurs influant sur cette décision figurent la preuve d'une intention ou d'une incidence anticoncurrentielle, ou d'un comportement secret ou frauduleux, la nature des éléments de preuve et la nécessité, le cas échéant, de recourir au pouvoir dissuasif des redressements de nature pénale. Finalement, toute acquisition d'un contrôle au moyen d'une alliance stratégique, publique ou autre, ne peut mettre les parties à l'abri de la tenue d'une enquête fondée sur les dispositions relatives au complot à l'égard d'une conduite criminelle antérieure à cette acquisition.

Les dispositions pertinentes de la Loi sont décrites de façon plus complète ci-dessous afin d'aider les gens d'affaires à déterminer l'applicabilité de chacune. Bien que le présent document fasse le résumé des principaux

⁷ Voir à la p. 21, la description de l'interprétation donnée à la notion de contrôle dans *Fusionnements, Lignes directrices pour l'application de la Loi, ibid.* Les renseignements délicats de nature concurrentielle échangés entre les concurrents pendant les négociations relatives à un fusionnement qui ne se réalisent finalement pas peuvent justifier un examen en vertu des dispositions relatives au complot. Voir *Fusionnements, Lignes directrices pour l'application de la Loi, ibid.*, à la p. 68, pour savoir comment réduire le plus possible ce risque.

⁹ Voir R. c. *Armco Canada Ltd.* (1974), 6 O.R. (2d) 521; 21 C.C.C. (2d) 129; 17 C.P.R. (2d) 211 et R. c. *Canadian General Electric Company Ltd.* (1976), 29 C.P.R. (2d) 1; 34 C.C.C. (2d) 489.

¹⁰ C'est possible qu'une infraction puisse être établie en se basant uniquement sur la preuve que le but ou l'objet précis de l'accord était de prévenir ou de diminuer indûment la concurrence. Cependant, l'approche d'application du Bureau est d'enquêter sur les accords qui sont susceptibles d'avoir une répercussion anticoncurrentielle sur le marché.

sur les restrictions verticales, dont les dispositions relatives aux ventes liées, à l'exclusivité, à la limitation du marché ou au maintien des prix⁵, suivant la nature de l'accord. Le Bureau sait par expérience que les arrangements pris par des parties en concurrence horizontale risquent davantage de soulever des questions quant au maintien de la concurrence que les alliances de parties en relation verticale ou de conglomérats. Ce n'est que dans des circonstances très limitées que des arrangements entre parties en relation verticale ou opérant dans des domaines différents (c.-à-d. des alliances de conglomérats) risquent de maintenir, de créer ou d'accroître une puissance commerciale⁶. Étant donné cette réalité, le présent document mettra l'accent sur les dispositions de la Loi davantage susceptibles de s'appliquer aux alliances horizontales.

3.2 Dispositions pertinentes aux alliances stratégiques

La Loi ne comporte aucune disposition traitant exclusivement des alliances stratégiques. Cela ne saurait surprendre étant donné la multiplicité de formes que peuvent prendre ces alliances. De nombreuses alliances stratégiques font appel à des formes de coopération entre les entreprises qui ne diffèrent pas substantiellement d'arrangements déjà utilisés dans le passé. C'est pourquoi, l'analyse que le Bureau effectuera relativement à ces alliances se fera selon le cadre analytique requis par la disposition applicable de la Loi. Le fait de donner à une relation entre deux ou plusieurs entreprises le nom d'alliance stratégique n'influe pas de façon significative sur son régime juridique en vertu de la Loi.

La plupart des alliances stratégiques ne soulèveront aucun problème de concurrence parce qu'elles n'ont pas pour effet de maintenir, de créer ou d'accroître la puissance commerciale. Celles qui le font, toutefois, peuvent donner lieu à un examen en vertu de plusieurs dispositions de la Loi, en raison de l'éventail considérable d'activités commerciales pouvant être visées par ces alliances stratégiques. Il se peut qu'une alliance particulière fasse l'objet d'un examen en fonction des dispositions criminelles de la Loi relatives aux complots ou de ses dispositions d'ordre civil portant sur les accords de spécialisation, sur les ententes à risques partagés, sur l'abus de position dominante ou sur les fusionnements. En outre, les alliances conclues par des entreprises en relation verticale peuvent être également examinées sous l'angle des dispositions de la Loi portant

Dans la majorité des cas où une alliance résulte en une puissance commerciale et est sujette à examen, le Bureau croit que l'analyse de la nature de l'alliance indiquera habituellement qu'elle n'est visée que par une seule disposition de la Loi. Le directeur suivra alors le cadre analytique dicté par cette disposition. Toutefois, étant donné la diversité des activités que des alliances stratégiques peuvent comprendre, il se peut que plusieurs dispositions de la Loi s'appliquent à une alliance stratégique particulière. Le Parlement a clairement prévu la possibilité d'un chevauchement entre différents articles de la Loi. La Loi permet la tenue d'un examen en vertu de plusieurs de ses dispositions mais, depuis 1986, le directeur n'a entrepris une enquête fondée à la fois sur les dispositions civiles et criminelles de la Loi que dans quelques affaires. Bien qu'une enquête puisse être simultanément entreprise en application des dispositions relatives à l'abus, aux complots ou aux fusionnements, la Loi limite les poursuites ou les demandes au Tribunal de la concurrence fondées

⁵ Les dispositions sur le maintien des prix n'impliquent aucun test de puissance commerciale.
⁶ Pour une description des circonstances propres à faire craindre une atteinte à la concurrence dans le cas de fusionnements de parties en concurrence verticale ou de conglomérats, voir le Bulletin d'information n° 5 du directeur des enquêtes et recherches, *Fusionnements, Lignes directrices pour l'application de la Loi*, avril 1991, aux p. 48 et suiv.

Partie 3 Application de la Loi sur la concurrence

3.1 Observations générales

Ainsi qu'il appert de la disposition énonçant l'objet de la Loi, ce texte de loi a notamment pour but essentiel de favoriser la concurrence afin d'améliorer l'efficacité des entreprises canadiennes ainsi que leur capacité de s'adapter à des marchés en évolution, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du pays. Au Canada, il arrive souvent, à cause de la petite taille et de l'éparpillement géographique des marchés, que des entreprises canadiennes qui paraissent importantes par rapport à la taille du marché intérieur soient modestes en regard des normes mondiales. À une époque marquée par l'intensification de la concurrence internationale, par la mondialisation des marchés et, de façon générale, par la diminution des entraves commerciales, les entreprises canadiennes doivent sans cesse s'efforcer de devenir plus efficaces.

La loi canadienne en matière de concurrence ainsi que les principes de mise en application adoptés par le Bureau reconnaissent cette exigence.

Par ailleurs, la Loi repose sur une prémisse fondamentale selon laquelle les entreprises fonctionnant de façon indépendante en régime de marché libre sont plus en mesure de faire face aux pressions constantes les obligeant à innover, à s'améliorer et à s'adapter aux fluctuations de la demande et à l'évolution des conditions du marché. C'est ce système qui assure la meilleure répartition de nos ressources économiques. La Loi

s'efforce principalement de concilier ces deux principes en interdisant les pratiques commerciales qui empêchent ou réduisent indûment ou sensiblement la concurrence et restreignent, de ce fait, l'efficacité et la compétitivité de l'économie canadienne. La Loi comprend aussi certaines dispositions qui n'impliquent aucun test de puissance commerciale. Parmi celles-ci on retrouve le truquage des offres, certains types d'accord entre les institutions financières fédérales, le maintien des prix et les ventes par voie de consignation.

Le directeur peut être amené à examiner une alliance stratégique par suite de l'initiative des parties, d'une plainte, d'un reportage ou de recherches effectuées par son personnel. Dans chaque cas, le Bureau procède à un examen préliminaire à l'issue duquel il détermine s'il convient de poursuivre l'examen.² Si après l'examen approfondi, le directeur a des motifs raisonnables de croire que des dispositions d'ordre civil ou criminel de la Loi ont été transgressées ou qu'une ordonnance rendue en vertu de la Loi n'a pas été respectée, il doit entreprendre une enquête³. Toutes les enquêtes sont conduites en privé. Une fois que l'enquête est ouverte, le directeur peut recourir à divers moyens d'enquête.

À toute étape d'une enquête menée en vertu des dispositions criminelles de la Loi, le directeur peut déferer l'affaire au procureur général. Celui-ci détermine s'il convient de déposer des accusations, et il engage les poursuites ou prend les mesures qu'il estime appropriées. Le directeur peut, à l'égard d'enquêtes sur des affaires de nature civile pouvant être examinées, demander au Tribunal de la concurrence qu'il rende une ordonnance corrective⁴. Le Tribunal peut ordonner que des mesures

² Pour une description complète de la démarche suivie par le directeur pour promouvoir et assurer la conformité aux dispositions de la Loi sur la concurrence, voir le *Programme de conformité* du directeur des enquêtes et recherches, Bulletin d'information n° 3 (version mise à jour), mars 1993.

³ Le directeur est également tenu d'entreprendre une enquête lorsqu'il en reçoit instruction du ministre de l'Industrie ou lorsque six personnes résidant au Canada lui en font la demande en vertu de la Loi. Il peut mettre fin à une enquête, à toute étape de celle-ci, s'il estime qu'il n'est pas justifié de la poursuivre. Le directeur doit informer par écrit le ministre lorsqu'il discontinue une enquête. Si l'enquête faisait suite à une demande présentée par six citoyens, le directeur doit aviser ceux-ci de sa décision ainsi que des motifs de l'abandon de l'enquête. Le ministre peut, sur demande écrite des requérants ou de son propre chef, réviser la décision du directeur et ordonner à celui-ci de poursuivre l'enquête, s'il estime que les circonstances le justifient.

⁴ Il est à noter que le fardeau de la preuve exigé afin d'obtenir une condamnation en vertu des dispositions criminelles (preuve hors de tout doute raisonnable) est plus élevé que ce qui est exigé au Tribunal de la concurrence afin de conclure qu'il existe des motifs de rendre une ordonnance en vertu des dispositions civiles (preuve basée sur la prépondérance des probabilités).

Une alliance stratégique suscitera l'intérêt du Bureau surtout si elle a pour effet d'empêcher ou de réduire sensiblement ou indûment la concurrence. Le directeur, lorsqu'il cherche à établir si l'un de ces seuls est atteint déterminera si l'alliance stratégique est susceptible de maintenir, de créer ou d'accroître la puissance commerciale. La puissance commerciale peut exister dans le domaine de la vente ou de l'achat. La puissance commerciale d'un vendeur réside dans sa capacité de hausser les prix au-delà des prix concurrentiels (ou d'abaisser en deçà des niveaux concurrentiels la production, la qualité, la gamme de produits, le service, la publicité, l'innovation ou tout autre facteur important de la concurrence), pendant une période prolongée. Le directeur examinera aussi la nature de l'alliance stratégique, afin de déterminer si la concurrence est diminuée et, le cas échéant, si la Loi s'applique et quelles sont ses dispositions les plus pertinentes.

Les alliances stratégiques sont aussi caractérisées par le fait qu'elles supposent généralement l'échange, le commerce ou le troc de biens et de services, plutôt que l'échange de biens et de services contre de l'argent. Comme c'est habituellement le cas lorsqu'il est question de troc, il doit y avoir une étroite coïncidence des intérêts des parties pour que le troc soit avantageux, ce qui témoigne de la complémentarité et de la réciprocité des objectifs des parties à l'alliance. Chacune des parties possède des biens matériels ou incorporels (p. ex. aptitudes, connaissances, réputation ou contacts) que l'autre souhaite obtenir. Les alliances stratégiques, notamment celles qui sont conclues avec des partenaires étrangers, peuvent aussi avoir pour objet de faciliter le transfert de la technologie, de contourner des entraves non tarifaires au commerce ou de réduire le temps nécessaire pour avoir accès à de nouveaux marchés lorsqu'il faut très bien connaître les conditions locales.

Bref, il semble que les principales caractéristiques des alliances stratégiques soient les suivantes : la préservation de l'autonomie des parties concernant les affaires qui ne sont pas comprises dans l'alliance; une durée déterminée (bien que longue); une coopération de portée limitée et une plus grande latitude pour les parties que dans le cas d'une prise de contrôle ou d'une acquisition; et un échange entre les parties comme en témoignent le partage d'objectifs, de l'information et d'importants éléments d'actif. Quelle que soit la forme d'une alliance stratégique, l'analyse de cette dernière sera axée sur ses effets réels ou probables sur la concurrence ainsi que sur la raison pour laquelle l'alliance a lieu.

Partie 2

Arrangements coopératifs entre des entreprises

Sous l'effet de pressions externes, beaucoup d'entreprises sont appelées à devenir plus innovatrices et plus efficaces si elles veulent continuer de soutenir la concurrence sur le marché intérieur et sur les marchés étrangers. Ces pressions sont le résultat de plusieurs phénomènes, notamment, la diminution des entraves au commerce, l'innovation qui influe sur le type de biens et services produits, sur les processus de production ou sur l'organisation des entreprises et des organismes, ainsi que la demande des consommateurs qui recherchent des produits et services de meilleure qualité, très personnalisés et plus variés. Ces pressions externes sont les forces motrices de la mondialisation de l'économie et de la libéralisation des échanges qui caractérisent le commerce des années 1990, surtout sur les marchés de l'Amérique du Nord, de l'Asie du Sud-Est et de l'Europe. En réponse à ces pressions, certaines entreprises choisissent de conclure des alliances stratégiques.

Les arrangements que peuvent conclure des entreprises pour faire face à ces pressions sont de nature très diverse et ont des répercussions variées sur le marché. Dans cette partie, nous décrivons les formes d'alliances les plus courantes et nous expliquons quels aspects de la structure de ces alliances et du comportement des entreprises qui les concluent peuvent être à l'origine d'une enquête en vertu de la Loi. Ce Bulletin ne renferme pas de définition d'une alliance stratégique et traite plutôt de plusieurs caractéristiques les plus courantes des alliances. L'absence d'une définition n'influe pas sur la manière dont le Bureau examinera les effets d'une alliance donnée sur la concurrence.

Dans de nombreuses alliances stratégiques, les parties conservent leur autonomie et, bien qu'elles concluent généralement de tels arrangements en vue d'atteindre un objectif commun à moyen ou à long terme, ces alliances ont souvent une durée déterminée ou une

date d'expiration. Une caractéristique commune à certaines alliances est l'acquisition d'une participation minoritaire ne conférant aucun pouvoir de contrôle à l'une des parties à l'alliance et un engagement à mener en coopération une activité dans un domaine particulier. Ces arrangements peuvent aussi prévoir l'échange de droits de propriété ou d'aide technique, mais elles permettent aux parties de poursuivre de façon autonome des activités autres que celles prévues dans l'alliance. De façon générale, les alliances stratégiques ne portent que sur une partie seulement de l'ensemble des activités des parties, (p. ex. recherche et développement, activité publicitaire ou ventes à l'étranger). En revanche, même les alliances stratégiques les moins structurées se distinguent des contrats ponctuels du fait que les parties s'efforcent de faire coïncider leurs intérêts à long terme. Ainsi, par rapport aux contrats plus classiques, ces alliances supposent généralement un plus grand échange d'information au sujet des technologies, des produits, des processus ou des besoins des clients, ou sur l'ensemble de ces aspects.

Les alliances peuvent aussi constituer un mécanisme de transfert entre les entreprises participantes des habiletés des employés et des relations interpersonnelles. Il peut s'agir de ressources difficiles à acquérir par voie d'opérations habituelles sur le marché. Beaucoup d'alliances ont pour objet l'innovation ou le progrès — un nouveau programme de recherche et développement ou la mise au point de produits, de technologies ou de processus nouveaux ou d'une nouvelle stratégie de commercialisation — ces activités devant être réalisées conjointement par les parties. L'adjectif «stratégique» revêt ici un sens bien défini. Il suppose un souci de l'évolution à long terme avec investissement plutôt que du fonctionnement courant, ainsi que l'établissement de nouveaux marchés plutôt que le maintien des marchés existants.

Partie 1

Introduction

la Loi dans le cas des arrangements coopératifs entre des entreprises, que l'on nomme alliances stratégiques, entreprises à risques partagés ou autrement.

Les alliances stratégiques et les autres formes de coopération entre des entreprises sont de nature très diverse et ont des répercussions variées sur les marchés. Le Bureau sait, par expérience, que la plupart des alliances stratégiques sont sans effet sur la concurrence ou lui sont favorables. Souvent, elles ont pour but d'exploiter les compétences particulières des entreprises ou de réaliser des gains en efficacité pouvant permettre d'accroître leur compétitivité sur les marchés internationaux. Il se peut toutefois que certaines alliances stratégiques soulèvent de sérieux problèmes de concurrence.

Cet énoncé de principes fournit des conseils généraux applicables aux alliances stratégiques dans le cadre de la Loi. Il traite d'aspects importants visés par divers articles de la Loi qui sont susceptibles de s'appliquer à ce type

d'arrangements, surtout les alliances horizontales. Il est, cependant, impossible de fournir des réponses à tous les scénarios pouvant se présenter. Cet énoncé ne restreint aucunement le pouvoir discrétionnaire qui pourra être exercé dans une situation donnée. Il est possible d'obtenir auprès du Bureau, dans le cadre du Programme des avis consultatifs, des conseils visant un arrangement particulier. Ce Bulletin ne limite ou ne détermine en aucune manière le pouvoir discrétionnaire du procureur général du Canada dans l'engagement de poursuites en vertu de la Loi. Il ne remplace pas non plus le recours aux services d'un conseiller juridique. Les principes énoncés ne représentent pas une réorientation substantielle de la politique de mise en application, ni une reformulation du droit en la matière. L'interprétation finale du droit en la matière relève, en dernier ressort, des tribunaux et du Tribunal de la concurrence.

À une époque marquée par l'intensification des pressions concurrentielles à l'échelle internationale, par la mondialisation des marchés et, de façon générale, par la diminution des entraves au commerce, des entreprises peuvent trouver difficile d'offrir des produits et des services comparables à ceux de leurs concurrents. Dans ces circonstances, certaines entreprises ont recours à des arrangements coopératifs, communément appelés alliances stratégiques, pour améliorer leur compétitivité.

Le recours à des alliances stratégiques par les entreprises canadiennes, en vue d'améliorer leur compétitivité, mènera souvent à une innovation positive et à des gains en efficacité, sans effet négatif sur la concurrence. Ainsi, il est peu probable que de telles alliances suscitent des inquiétudes en rapport avec la concurrence. En effet, le Bureau de la politique de concurrence (le Bureau) sait par expérience que la majorité des alliances stratégiques ne soulèvent pas d'inquiétude en vertu de la *Loi sur la concurrence* (la «Loi»)¹. Cependant, lorsque des alliances sont susceptibles d'avoir des effets anticoncurrentiels, voulus ou non, le Bureau doit pouvoir agir.

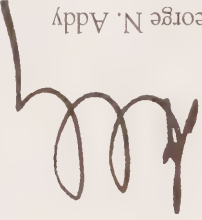
L'incertitude de la part de certains gens d'affaires au sujet de la position du directeur des enquêtes et recherches (le directeur) concernant les alliances stratégiques peut augmenter la possibilité qu'ils renonceraient à conclure des alliances bénéfiques pour l'économie. Afin de fournir plus de certitude et d'éviter que l'incertitude ne soit un obstacle à ces alliances, le directeur estime qu'il serait utile, dans le cadre du Programme de conformité du Bureau, de publier un énoncé de principes pour préciser la manière dont il envisage la mise en application de

¹ «Loi» s'entend de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), c. C-34, mod.; L.R.C. (1985), c. 27 (1^{re} supp.), art. 187 et 198; L.R.C. (1985), c. 19 (2^e supp.), partie II; L.R.C. (1985), c. 34 (3^e supp.), art. 8; L.R.C. (1985), c. 1, (4^e supp.), art. 11; L.R.C. (1985), c. 10 (4^e supp.), art. 18; L.C. (1990), c. 37, art. 27 à 32; L.C. (1992), c. 14, art. 1.

Principes directeurs : alliances stratégiques

- La plupart des alliances stratégiques ne soulèvent pas de problèmes en vertu de la Loi.
- Les alliances verticales ou les alliances de conglomerats sont moins susceptibles de soulever des problèmes en vertu de la Loi que les alliances horizontales.
- Les quelques alliances stratégiques qui peuvent soulever des problèmes de concurrence sont plus susceptibles d'impliquer les articles de la Loi qui comportent un critère de puissance commerciale.
- Les entreprises agissant comme vendeurs possèdent une puissance commerciale lorsqu'elles ont la capacité de hausser les prix au-dessus des prix concurrentiels (ou d'abaisser en deçà des niveaux concurrentiels la production, la qualité, la gamme de produits, le service, les activités publicitaires, l'innovation ou tout autre facteur important de la concurrence), durant une période prolongée.
- Dans les quelques cas où une alliance peut engendrer une puissance commerciale, les parties doivent prendre soin de faire en sorte que leur comportement n'empêche pas ou ne réduise pas indûment la concurrence au sens des dispositions criminelles de la Loi relatives aux complot ou ne diminue pas ou n'empêche pas sensiblement la concurrence en vertu des dispositions civiles de la Loi.
- Des alliances qui impliquent l'acquisition projetée d'un contrôle seront examinées en vertu des dispositions civiles sur les fusions ou les acquisitions à moins qu'il n'y ait lieu de croire que l'acquisition du contrôle soit un complot déguisé.
- Dans le cas d'une alliance stratégique comportant un ou des aspects particulièrement nuisibles à la concurrence, comme un arrangement ayant rapport au prix, à la production, à une stratégie de commercialisation ou à tout autre aspect important de la concurrence, une enquête peut être commencée en vertu des dispositions relatives aux complot de la Loi, même lorsque la puissance commerciale des parties à l'alliance n'est pas tellement considérable.
- Plus est grande la puissance commerciale détenue collectivement par les parties à une alliance, plus il est probable qu'un comportement soit susceptible d'entraver la concurrence et plus est grande la possibilité qu'une enquête soit menée en vertu des dispositions relatives aux complot de la Loi.
- Dans le cas d'une alliance stratégique comportant un ou des aspects particulièrement nuisibles à la concurrence, comme un arrangement ayant rapport au prix, à la production, à une stratégie de commercialisation ou à tout autre aspect important de la concurrence, une enquête peut être commencée en vertu des dispositions relatives aux complot de la Loi, même lorsque la puissance commerciale des parties à l'alliance n'est pas tellement considérable.
- Des alliances qui impliquent l'acquisition projetée d'un contrôle seront examinées en vertu des dispositions civiles sur les fusions ou les acquisitions à moins qu'il n'y ait lieu de croire que l'acquisition du contrôle soit un complot déguisé.

Cette information devrait certes aider les gens d'affaires à déterminer si les dispositions de la Loi s'appliquent à une alliance donnée, mais il est impossible, dans ce document, de répondre à toutes les questions susceptibles d'être soulevées dans un cas particulier. En conséquence, les parties qui envisagent de conclure une alliance stratégique, surtout une qui peut vraisemblablement maintenir, créer ou accroître la puissance commerciale, sont invitées à solliciter l'avis du Bureau de la politique de concurrence dans le cadre du Programme d'avis consultatifs.


George N. Addy

Directeur des enquêtes et recherches
Loi sur la concurrence

Au cours de l'analyse d'une alliance stratégique effectuée en vertu de la Loi, nous déterminerons si une alliance est susceptible de maintenir, de créer ou d'accroître la puissance commerciale. L'interprétation juridique que l'on donne au concept de puissance commerciale est la capacité des parties de se comporter de façon relativement indépendante du marché. En économie, en accord avec cette interprétation juridique, la puissance commerciale d'un vendeur est la capacité de hausser les prix au-delà des prix concurrentiels (ou d'abaisser en deçà des niveaux concurrentiels la production, la qualité, la gamme de produits, le service, les activités publicitaires, l'innovation ou tout autre facteur important de la concurrence), durant une période prolongée. Ainsi, la raison pour laquelle peu d'alliances stratégiques soulèvent des problèmes en vertu de la Loi est que la majorité d'entre elles ne confèrent pas de puissance commerciale.

Dans les rares cas où des alliances stratégiques mènent au maintien, à la création ou à l'accroissement d'une puissance commerciale, l'examen du Bureau impliquera une analyse approfondie de la nature de l'alliance. Les alliances peuvent être examinées en vertu d'un certain nombre de dispositions de la Loi, étant donné la multiplicité d'activités qu'elles peuvent comprendre. D'après l'expérience acquise, des alliances conclues entre des concurrents en relation horizontale soulèvent davantage d'inquiétudes en rapport avec la puissance commerciale que des alliances verticales ou des alliances de conglomérats. Pour cette raison, ce Bulletin insiste sur les dispositions de la Loi qui sont les plus applicables aux alliances horizontales. Ce Bulletin donne aussi plus de précisions sur les critères juridiques qui doivent être respectés en vertu des dispositions de la Loi concernant les conglomérats, les consortiums d'exportation, les accords de spécialisation, les fusions, les acquisitions, les risques partagés et l'abus de position dominante. Neuf exemples sont également fournis à l'annexe 1.

Avant-propos du directeur

ce qui explique pourquoi ce Bulletin est axé sur les effets des alliances stratégiques sur la concurrence et non pas sur la forme que celles-ci peuvent prendre.

Le recours d'entreprises canadiennes à des alliances stratégiques, en vue d'améliorer leur compétitivité devrait généralement donner lieu à une innovation positive ainsi qu'à des gains en efficacité, sans effet négatif sur la concurrence. En conséquence, il est peu probable que de telles alliances soulèvent des questions en matière de concurrence. En fait, le Bureau de la politique de concurrence a constaté au fil des ans que la plupart des alliances stratégiques ne soulèvent pas de problème en vertu de la Loi. Cependant, des alliances peuvent avoir diverses formes ayant divers impacts sur le marché et lorsqu'elles sont susceptibles d'avoir des effets anticoncurrentiels, voulus ou non, les parties intéressées doivent être en mesure de déterminer s'il y a infraction à la Loi. Le présent Bulletin fournit des conseils sur la façon dont le directeur examinera et, si c'est nécessaire, tentera d'appliquer la Loi aux quelques alliances susceptibles d'avoir des effets anticoncurrentiels.

Le Bulletin présente d'abord une brève description de certaines formes d'arrangements coopératifs entre des entreprises, qualifiées d'alliances stratégiques. Les autres parties traitent de l'application de la Loi sur la concurrence et des principaux aspects du Programme de conformité. La Loi contient certaines dispositions qui n'impliquent aucun critère de puissance commerciale et, selon l'expérience du Bureau, la plupart des alliances stratégiques sont moins susceptibles de soulever des questions en vertu de ces dispositions. Le Bulletin traite donc des dispositions de la Loi qui comportent un test de puissance commerciale.

À une époque marquée par l'intensification des pressions concurrentielles à l'échelle internationale, par la mondialisation des marchés et, de façon générale, par la diminution des entraves au commerce, de plus en plus d'entreprises choisissent de conclure des alliances stratégiques afin d'être plus concurrentielles. En fait, plusieurs se sont prévaluées de notre Programme de conformité en vue d'obtenir, de mon bureau, des avis consultatifs sur des projets d'alliance. Néanmoins, l'incertitude au sujet de la légalité des alliances stratégiques peut inciter certains gens d'affaires à ne pas saisir des occasions de créer des alliances susceptibles d'être bénéfiques pour l'économie. Afin de minimiser ce risque, je présente cet énoncé de principes qui fournit des conseils, ainsi que des précisions sur la manière dont j'envisage l'application de la Loi sur la concurrence (la «Loi») aux alliances stratégiques.

Aucune disposition de la Loi ne traite exclusivement des alliances stratégiques, ce qui n'est pas surprenant compte tenu de la multiplicité de formes d'entreprises que ces arrangements ont prises par le passé et pourront prendre à l'avenir. Au sens le plus large, une alliance stratégique peut désigner toute forme d'arrangement coopératif entre des entreprises qui est de nature autre que les contrats passés dans le cours normal des affaires. Suivant une interprétation beaucoup plus étroite, il peut s'agir simplement d'une entreprise à risques partagés ou de l'acquisition d'une participation financière et de l'adhésion à un plan stratégique à plus long terme. Différentes définitions ont été avancées par d'autres qui tentaient d'établir une distinction entre les alliances stratégiques et diverses formes de coopération entre des entreprises. Ces définitions, qui peuvent être utiles dans le cadre de certaines études, n'aident guère à déterminer le mode d'application de la Loi aux alliances stratégiques. Donc, je n'ai pas adopté de définition précise d'une alliance stratégique. Ma responsabilité fondamentale consiste à appliquer et à administrer la Loi,

Avant-propos du directeur	iv
Principes directeurs : alliances stratégiques	vi
Partie 1 : Introduction	1
Partie 2 : Arrangements coopératifs entre des entreprises	2
Partie 3 : Application de la Loi sur la concurrence	4
3.1 Observations générales	4
3.2 Dispositions pertinentes aux alliances stratégiques	5
3.2.1 Dispositions relatives aux complots	6
3.2.1.1 Moyens de défense et exceptions	8
3.2.1.2 Échange d'information	9
3.2.2 Dispositions relatives aux consortiums d'exportation	10
3.2.3 Dispositions relatives aux accords de spécialisation	11
3.2.4 Dispositions relatives aux fusions	12
3.2.5 Dispositions relatives aux entreprises à risques partagés	13
3.2.6 Dispositions relatives à l'abus de position dominante	13
Partie 4 : Programme d'éducation du public et conformité à la Loi	15
4.1 Programme de communication et d'information	15
4.2 Avis consultatifs	15
Partie 5 : Conclusion	17
Annexe 1 : Scénarios	18
Annexe 2 : Comment communiquer avec le Bureau	28

Il est possible de consulter la *Loi sur la concurrence* dans les grandes bibliothèques publiques, ou de l'acheter dans les librairies qui vendent les publications du gouvernement.

On peut se procurer des exemplaires du présent document ou des renseignements supplémentaires sur les sujets qui y sont abordés, à l'adresse suivante :


Centre des plaintes et des renseignements
Bureau de la politique de concurrence
Industrie Canada
Hull (Québec)
K1A 0C9

Téléphone : (819) 997-4282
1-800-348-5358
Télécopieur : (819) 997-0324

Les Alliances stratégiques en vertu de la *Loi sur la concurrence*
Directeur des enquêtes et recherches

Loi sur la concurrence

Bulletin d'information

 Ce papier contient un minimum de 50 % de fibres recyclées dont 10 % de fibres recyclées après consommation.

© Ministère des Approvisionnements et Services Canada 1995

ISBN 0-662-61944-7
N° de catalogue RG 52-27/1995
Industrie Canada IC 50290 B95-10



Loi sur la concurrence

Directeur des enquêtes
et recherches

**LES ALLIANCES STRATÉGIQUES
EN VERTU DE LA LOI SUR
LA CONCURRENCE**

Loi sur la concurrence

Directeur des enquêtes
et recherches

**LES ALLIANCES STRATÉGIQUES
EN VERTU DE LA LOI SUR
LA CONCURRENCE**
